

UiO • **Det juridiske fakultet**

Rettshandhevingsarrest

Kandidatnummer: 719

Leveringsfrist: 25.11.2013

Antall ord: 17 981



Innhold

1	INNLEIING	1
1.1	Presentasjon av tema.....	1
1.2	Metode	2
1.2.1	Doms- og orskurds materialet	2
1.2.2	Forholdet mellom EMK (og EMD sin praksis) og straffeprosesslova	3
1.3	Opplegget vidare	7
2	UTGANGSPUNKTET: RETTEN TIL PERSONLEG FRIDOM	8
3	HISTORISK BAKGRUNN OG FØREMÅL.....	10
3.1	Historisk bakgrunn og utvikling	10
3.2	Grunngivinga: Føremålet med rettshandhevingsarrest	13
4	GRUNNVILKÅRA: DEN ABSOLUTE GRENSE FOR RETTSHANDHEVINGSARREST.....	19
4.1	Alvorleg brotsverk.....	20
4.2	Kvalifisert mistanke	24
4.3	Kva må den kvalifiserte mistanken omfatte?	30
4.4	Heilskapsvurderinga: Kravet om at det ligg føre ein situasjon som rettferdiggjør bruken av rettshandhevingsarrest	33
4.4.1	Kva slags situasjon kan rettferdiggjøre bruken av rettshandhevingsarrest? ..	33
4.4.2	Kravet om konkret vurdering av om lauslating er eigna til å skape ein situasjon som rettferdiggjør varetektsfengsling	37
4.4.2.1	Brotsverket sin art og grovheit – kjerneområdet for føresegna ...	43
4.4.2.2	Medieomtale	46
4.4.2.3	Mistanke om andre straffbare handlingar.....	46
4.4.2.4	Det er gitt dom for lengre ubetinga fengselsstraff	48

4.4.2.5	Betydinga av at andre fengslingsgrunnar også gjer seg gjeldande	49
4.4.2.6	Andre moment	50
4.4.2.7	Samanfatting.....	51
4.5	Føremålet med fengslinga må ikkje kunne realiserast ved mindre inngripande tiltak	53
5	SAMHØVEVURDERINGA: DEN RELATIVE GRENSA FOR RETTSHANDHEVINGSARREST.....	54
5.1	Kravet om at fengslinga må vere eit samhøveleg inngrep	54
5.1.1	Varetektstida si lengd.....	58
5.1.2	Siktinga sitt alvor.....	60
5.1.3	Mistanken sin styrke	60
5.1.4	Den sikta sine personlege forhold: Fengslinga si betyding for den sikta.....	61
5.1.5	Samanfatting.....	62
5.2	Kravet til aktsam sakshandsaming – framdrifta i saka	63
6	AVSLUTTANDE MERKNADER	64
7	KJELDEREGISTER.....	65

1 Innleiing

1.1 Presentasjon av tema

Temaet for denne masteroppgåva er reglane om varetektsfengsling ved såkalla rettshandhevingsarrest etter straffeprosesslova § 184 andre ledd, jf. § 172, samanhalde med § 170 a.² Målet er å gjere ein samanliknande analyse mellom Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) si praktisering av Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) art. 5 og straffeprosesslova sine reglar.³

Eg vil ikkje gjere greie for dei meir generelle prosessuelle reglane for fengsling i strpl. kapittel 14, sjølv om desse også er relevante for § 172. Eg vil konsentrere meg om det som er særeige ved rettshandhevingsarrest, og ha hovudfokus på dei materielle spørsmåla.

Varetektsfengsling, herunder rettshandhevingsarrest, er eit tiltak som blir brukt under etterforskinga av straffesaker. Det er eit sterkt inngrep i ein av individet sine grunnleggjande menneskerettar, retten til personleg fridom, som går fram av EMK art. 5. Denne retten tilkjem også ein som er sikta i ei straffesak. For at inngrep i retten til personleg fridom skal kunne rettferdiggjera, må både dei vilkåra som går fram av straffeprosesslova og dei som går fram av EMK art. 5 og EMD si tolking av denne, vere oppfylt. Eg skal derfor gjere ei samanliknande analyse av dei to regelsetta.

² Lov om rettergangsmåten i straffesaker, av 22. mai 1981 nr. 25

³ Den europeiske menneskerettskonvensjonen, av 4. november 1950.

1.2 Metode

Eg legg til grunn rettskjeldelæra, slik denne er definert av Eckhoff.⁴ Eg skal sjå på kva som er gjeldande rett på området. Med gjeldande rett meiner eg dei rettsreglane ein kjem fram til etter ei harmonisering av dei slutningane ein kan trekke frå dei relevante rettskjeldefaktorane.⁵ To rettskjeldemessige forhold krev nærare omtale. For det første vil eg kort gjere greie for nokre forhold knytt til doms- og orskurds materialet. Derneist vil eg gjere nærare greie for forholdet mellom EMK (og EMD sin praksis knytt til denne) og straffeprosesslova sine reglar.

1.2.1 Doms- og orskurds materialet

Avgjerder om fengsling i det internrettslege materialet, herunder rettshandhevingsarrest, blir truffe ved orskurd, ikkje dom, jf. strpl. § 184 første ledd. Orskurdane skal grunngivast, jf. strpl. §§ 52 og 184 andre ledd tredje punktum, men grunngivingane er mykje meir kortfatta enn dei som blir gjort i dommar.

Høgsterett sitt ankeutval er høgste instans ved avgjerda av ankar over orskurdar. Ankeutvalet er sett med tre dommarar, jf. domstollova § 5,⁶ og ankane blir avgjort ved orskurd utan munnleg forhandling, jf. strpl. § 385 første ledd. Sidan dei fleste av Utvalet sine avgjerder gjeld såkalla «vidare anker»,⁷ vil kompetansen deira vere avgrensa, jf. strpl. § 388. Det kan då berre prøve sakshandsaminga til lagmannsretten og tolkinga av lovforskrifter, ikkje den konkrete rettsanvendinga (subsumsjonen), jf. § 388 nr. 2 og 3. På grunn av den avgrensa overprøvingskompetansen og dei meir avgrensa krava til grunngiving, er det færre rettingsliner å hente frå desse orskurdane enn ved ordinære dommar. Dette reduserer til ei viss grad den rettskjeldemessige verdien av Ankeutvalet sine avgjerder, men dette har like-

⁴ Jf. Eckhoff (2001) kapittel 1.

⁵ Jf. Eckhoff (2001) kapittel 1, særleg på s. 23 flg. og s. 30 flg..

⁶ Lov om domstolene, av 13. august 1915 nr. 5.

⁷ Jf. Jebens (2004) s. 227.

vel oppstilt nyttige retningslinjer i høve reglane om rettshandhevingsarrest og desse reglane sitt forhold til krava som går fram av EMK art. 5.⁸

EMD sine dommar er mykje meir utførlege enn Ankeutvalet sine orskurdar. Dei gir derfor eit betre grunnlag å slutte generelle retningslinjer frå. EMD opptrer likevel ikkje som ein fjerde instans, og tek derfor ikkje stilling til om den sikta skal fengslast eller lauslatast i det konkrete tilfelle. Det EMD tek stilling til er om statane ved sine fengslingsavgjerder har krenka EMK art. 5, om statane sine grunnar for inngrep er gode nok. Ut frå dette kan det sluttast kva vurderingar som må gjerast for at inngrep etter EMK art. 5 skal kunne legitimerast.

1.2.2 Forholdet mellom EMK (og EMD sin praksis) og straffeprosesslova

Noreg er folkerettsleg bunde til ei rekkje menneskerettskonvensjonar som set grenser for kva rettsreglar vi kan ha i intern rett. Retten til personleg fridom er verna i konvensjonane om sivile og politiske rettar. Dette gjeld både FN sin konvensjon om sivile og politiske rettar (SP)⁹ og Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK). Eg har valt å fokusere på den europeiske konvensjonen. Dersom fengslinga gjeld barn, må også dei særlege reglane i FN sin barnekonvensjon (BK)¹⁰ ivaretakast, men denne vil ikkje ta føre meg særskilt.

Eg skal i denne oppgåva gjere ein samanliknande analyse mellom EMK og straffeprosesslova. For å kunne gjere dette på ein føremålstenleg måte, må eg først fastleggje forholdet mellom dei to regelsetta.

I strpl. § 4 heiter det at «Lovens regler gjelder med de begrensninger som er anerkjent i folkeretten eller følger av overenskomst med fremmed stat.». Folkeretten, og dermed også menneskerettskonvensjonane, skal altså ha forrang framfor føresegnene i straffeprosesslova dersom det skulle ligge føre eller oppstå motstrid mellom dei to regelsetta. Sjølv utan § 4

⁸ Jf. Jebens (2004) s. 227.

⁹ Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettar, av 16. desember 1966

¹⁰ Den internasjonale konvensjonen om barnet sine rettar, av 20. november 1989.

ville norske domstolar prøvd å tolke den norske lovgivinga slik at den ikkje fører til motstrid mellom denne og dei folkerettslege pliktene våre, jf. det generelle presumsjonsprinsippet som gjeld i norsk rett, om at norsk rett blir presumert å vere i samsvar med folkeretten.¹¹ Men forrangsføresegna går altså lengre, den gjer folkeretten direkte til ein del av norsk rett.¹²

For dei konvensjonane som er gjort til ein del av norsk rett gjennom menneskerettslova, følger forrangens no også av denne lova sin § 3, som seier at «Bestemmelsene i konvensjoner og protokoller som er nevnt i § 2 skal ved motstrid gå foran bestemmelser i annen lovgivning».¹³ Dette gjeld t.d. for EMK, SP og BK.

I det vidare er det som nemnt EMK som vil vere utgangspunktet for den komparative analysen mellom menneskerettane og den norske straffeprosesslova sine reglar. Spørsmålet som då melder seg er: Korleis skal norske domstolar stille seg til EMD sine tolkingar av EMK? Er desse også bindande, skal dei ha forrang framfor straffeprosesslova sine føresegner?

Det går fram av forarbeida til menneskerettslova at noko av føremålet med inkorporeringa av dei sentrale menneskerettskonvensjonane i norsk rett, var å styrke EMD sin praksis si rolle i norsk rett:

«Komiteen vil understreke at inkorporeringa fører med seg ein ny rettsleg situasjon ut frå det overordna målet å styrkje enkeltmenneska si rettslege stilling. Det må derfor sjåast som eit av føremåla med inkorporeringa at den skal påverke rettsutviklinga i Noreg i retning av å høyre på, og ha eit ope forhold til, praksis ved Strasbourg-domstolen og andre internasjonale handhevingsorgan... Komiteen vil fram-

¹¹ Jf. Høstmælingen (2003) s. 344 og Ruud og Ulfstein (2006) s. 64.

¹² Jf. Andenæs (2009) s. 9.

¹³ Lov om styrking av menneskerettane si stilling i norsk rett, av 21. mai 1999 nr. 30.

heve det overordna mål at norsk rettspraksis i størst mogeleg grad samsvarar med den til ei kvar tid gjeldande internasjonale tolkingspraksis.».¹⁴

I dommen i Rt. 1999 s. 961 vart det vist til denne ytringa, og førstvoterande uttala:

«Som det fremgår, forutsettes domstolene etter inkorporeringen av menneskerettigheter i norsk rett å foreta en selvstendig tolking av de menneskerettighetskonvensjoner som omfattes av inkorporasjonen. Ved tolkingen må domstolene blant annet legge vekt på praksis fra Den europeiske menneskerettighetsdomstol. Hvor stor vekt det skal legges på Menneskerettighetsdomstolens avgjørelser, avhenger av hvor parallelt saksforholdet er, hvilken sammenheng uttalelsen er fremkommet i, og hvor klart og prinsipielt domstolen har uttalt seg...».¹⁵

Norske domstolar la også før menneskerettslova vekt på EMD sin praksis i tolkinga si av EMK. Ueinigheita i høve EMD sin praksis har mest stått om kor klar denne praksisen må vere for at den skal gi grunnlag for å fråvike norsk rett. Det var lenge anteke at det gjaldt eit såkalla «klarheitsprinsipp», at den internasjonale praksisen måtte vere «tilstrekkelig klar og entydig» for at den skulle kunne setje til side norsk rett, og særleg gjaldt dette dersom det var tale om å «endre en rettstilstand som bygger på klar og innarbeidet norsk lovgivning eller praksis.», jf. Rt. 1994 s. 610 (Bølgepapp).¹⁶ I orskurden i Rt. 2002 s. 557 tok derimot Høgsterett avstand frå at det gjaldt eit krav til kvalifisert klarheit/tydelegheit:

«Dersom den tolking av en inkorporert konvensjonsbestemmelse som ... har de beste grunner for seg, kommer i strid med annen norsk lovgivning, skal konvensjonsbestemmelsen gå foran, jf. menneskerettsloven § 3. Når lagmannsretten har

¹⁴ Jf. Innst.O.nr.51 (1998–1999) s. 6.

¹⁵ Jf. Rt. 1999 s. 961 på s. 971. Førstvoterande var i mindretal i høve grunngevinga, men ikkje på dette punktet.

¹⁶ Jf. Rt. 1994 s. 610 på s. 617.

lagt til grunn at konvensjonstolkingen må være «rimelig klar» for at annen norsk lovgivning skal kunne settes til side, bygger den således på en misforståelse...». ¹⁷

Av betydning for forholdet mellom EMK og straffeprosesslova er også spørsmålet om korleis norske domstolar skal halde seg til konvensjonen når korkje konvensjonsteksten eller EMD sin praksis gir svar på eit tolkingsspørsmål. Tvil om forståinga av føresegnene i konvensjonen vil oppstå ganske ofte, då mange av dei er vagt formulert og EMD sin praksis ikkje kan gi svar på alle tolkingsspørsmål som kan oppstå. Til dette kjem også at menneskerettsdomstolen har ein tendens til å tolke konvensjonsføresegnene «dynamisk».

I den ovanfor nemnte orskurden i Rt. 2002 s. 557 var Kjæremålsutvalet samd om tilnærminga til EMK i slike situasjonar:

«Jeg er enig med førstvoterende i at norske domstoler i tilfeller hvor det er tvil om hvordan en inkorporert menneskerettighetskonvensjon skal forstås, må foreta en selvstendig tolking av konvensjonen, og at domstolene ved tolkingen av EMK med tilleggsprotokoller – med den reservasjon at det først og fremst er EMD som har som oppgave å utvikle beskyttelsen etter disse konvensjonene og gi dem anvendelse på nye områder – må benytte samme metode som EMD.» ¹⁸

Om den nærare metoden som norske domstolar skal bruke i slike tilfelle, uttalte Høgsterett sitt kjæremålsutval i Rt. 2005 s. 833:

«Norske domstoler må således forholde seg til konvensjonsteksten, alminnelige formålsbetraktninger og EMDs avgjørelser. Det er likevel i første rekke EMD som skal utvikle konvensjonen. Og dersom det er tvil om forståelsen, må norske domstoler ved avveiningen av ulike interesser eller verdier kunne trekke inn verdiprioriteringer som ligger til grunn for norsk lovgivning og rettsoppfatning... Som uttalt i Rt-2000-996 bør norske domstoler som alminnelig regel ikke legge inn sikkerhets-

¹⁷ Jf. Rt. 2002 s. 557 på s. 565.

¹⁸ Jf. Rt. 2002 s. 557 på s. 566. Jf. også Rt. 2000 s. 996 og Rt. 2005 s. 833.

marginer mot at Norge dømmes for konvensjonsbrudd. Det innebærer at domstolene ikke skal tilsidesette annen norsk lovgivning i større utstrekning enn det som følger av EMK etter den tolkingsmetode som jeg har redegjort for».¹⁹

Eg legg etter dette til grunn at dei tolkingsresultata som følgjer av EMK og EMD sin praksis vil måtte gå føre eller utfylle norsk rett der desse er relevante. I det følgjande vil altså norsk rett måtte oppfylle dei krava som EMK/EMD stiller til praktisering av fengsling generelt og rettshandhevingsarrest spesielt.

1.3 Opplegget vidare

Eg skal først gjere greie for det som er utgangspunktet for drøftinga, nemleg at ein kvar har rett til personleg fridom, og dei generelle krava som blir stilte for at det skal kunne gjerast inngrep i denne retten (*avsnitt 2*). Deretter skal eg gjere greie for den historiske bakgrunnen til regelen om rettshandhevingsarrest og for grunngevinga for og føremålet med regelen (*avsnitt 3*). Vidare skal eg drøfte det materielle innhaldet i regelen etter straffeprosesslova og EMK (*avsnitt 4 og 5*). Eg tek då først føre meg dei grunnleggjande vilkåra (dei absolutte grensene) for å kunne fengsle etter dette fengslingsgrunnlaget, og deretter den samhøvevurderinga som skal gjerast før det kan fengslast i det enkelte tilfelle (dei relative grensene). Til slutt vil eg i gjere nokre avsluttande merknadar i høve det eg har kome fram til i oppgåva (*avsnitt 6*).

¹⁹ Jf. Rt. 2002 s. 833 avs. 45 og 46.

2 Utgangspunktet: Retten til personleg fridom

Hovudregelen etter EMK art. 5 (1) første punktum er at eit kvart individ har rett til personleg fridom: «Everyone has the right to liberty and security of person». Dette utgangspunktet gjeld også under etterforskinga av ei straffbar handling. Varetektsfengsling er eit fridomsinngrep, og skal etter EMD sin praksis berre brukast under etterforskinga som eit ekstraordinært unntak.²⁰ Retten til personleg fridom er korkje direkte lovfesta eller grunnlovsfesta i norsk rett.

For at det skal kunne gjerast inngrep i den grunnleggjande menneskeretten til personleg fridom, blir det for det første stilt krav om at det må ligge føre eit særleg heimelsgrunnlag i nasjonal rett. I EMK går dette fram av art. 5 første ledd litra a-f, som seier at inngrep må vere «lawful». Heimelskravet blir også slått fast i Grunnlova sin § 99, som seier at «[i]ngen maa fængslig anholdes, uden i lovbestemt Tilfælde og paa den ved Lovene foreskrevne Maade.».²¹ Det er altså naudsynt med eit heimelsgrunnlag, ein heimel i lovs form, for å kunne pågripe eller fengsle nokon. Heimlane for pågriping og fengsling, herunder retts-handhevingsarrest, finn vi i straffeprosesslova av 1981 sin fjerde del kapittel 13a og 14. Heimelskravet blir derfor rekna for å vere oppfylt på generelt grunnlag i nasjonal rett, men det må likevel kontrollerast i kvart enkelt tilfelle at forholdet fell innanfor dette heimelsgrunnlaget.

For det andre må inngrepet i retten til personleg fridom skje for å tilfredsstille ei legitim samfunnsmessig målsetjing. Dei aktuelle målsetjingane er uttømande lista opp i EMK art. 5 (1), i litra a-f. Det legitime føremålet for å kunne gripe inn i fridomsretten under etterforskinga av straffesaker, følgjer av litra c. Fengslinga må vere gjort for å kunne få gjennomført ei hovudforhandling mot ein sikta i ei straffesak: «effected for the purpose of bringing him before the competent legal authority on reasonable suspicion of having com-

²⁰ Jf. t.d. Khodorkovskiy v. Russia pkt. 185

²¹ Kongeriget Norges Grundlov, av 17. mai 1814.

mitted an offence or when it is reasonably considered necessary to prevent his committing an offence or fleeing after having done so». Dette må vere føremålet når avgjerd om fengsling blir treft og det må vere det så lenge fengslinga varer, men det treng ikkje om å bli resultatet.²² Etter EMK art. 5 (3), som første ledd litra c må lesast i samanheng med,²³ blir det etter EMD sin praksis godteke fire relevante fengslingsgrunnar sett i samanheng med denne målsetjinga. Dette er fluktfare, fare for bevisforspel, gjentakingsfare og fare for at lauslating av den sikta vil føre til forstyrring av «public order».²⁴ Rettshandhevingsarrest («public order») er såleis eit relevant fengslingsgrunnlag etter EMK art. 5.

Korkje heimelskravet eller føremålskravet blir rekna som problematisk i skjeringsfeltet mellom straffeprosesslova sine reglar og EMK, og vil derfor ikkje bli omtalt nærare her. Men dei nærare reglane knytt til rettshandhevingsarrest som fengslingsgrunnlag opnar for ei rekke interessante vurderingar som står menneskerettsleg i spennet mellom samfunnet sitt legitime behov for å kjempe mot kriminalitet og individet sin rett til personleg fridom (sjå om rettshandhevingsarresten sitt forhold til behovet for å kjempe mot kriminalitet nedanfor i pkt. 3.2).

Eg går no over til å sjå på den historiske bakgrunnen for og føremålet med rettshandhevingsarrest.

²² Jf. *Labita v. Italy* pkt. 155.

²³ Jf. *de Jong, Baljet and van den Brink v. The Netherlands* pkt. 44, *Ciulla v. Italy* pkt. 38, *B v. Austria* pkt. 36 og *Smirnova v. Russia* pkt. 56.

²⁴ Jf. *Smirnova v. Russia* pkt. 59, som viser til *Stögmüller v. Austria* pkt. 15, *Wemhoff v. Germany* pkt. 14, *Matznetter v. Austria* pkt. 9 og *Letellier v. France* pkt. 51.

3 Historisk bakgrunn og føremål

3.1 Historisk bakgrunn og utvikling

Før eg ser på føremålet med regelen om rettshandhevingsarrest og dei motstridande omsyna denne byggjer på, er det på sin plass med ein kort gjennomgang av bakgrunnen for regelen og utviklinga den har gått gjennom.

Bruken av rettshandhevingsarrest i Noreg tok truleg til i løpet av 1700-talet, som eit resultat av at føremålet med straffeprosessuell fengsling var blitt endra i lys av den aukande offentlege interessa i at brotsverk vart straffa.²⁵

Når Noreg fekk ny straffeprosesslov i 1887, var det berre fluktarrest, kollusjonsarrest (fare for bevisforspel) og prevensjonsarrest som fekk heimel, ikkje rettshandhevingsarrest.²⁶

Rettshandhevingsarrest vart først innført i Noreg ved revisjonen av fengslingskapitlet i straffeprosesslova av 1887²⁷ i 1963, i ein ny § 228a:

«Når noen mistenkes for en forbrytelse som kan medføre fengsel i 10 år eller mer, eller for forsøk på en slik forbrytelse, kan han pågripes dersom det foreligger tilståelse eller andre omstendigheter som i særlig grad styrker mistanken. Straffskjerpning på grunn av gjentakelse eller sammenstøt av forbrytelser kommer her ikke i betraktning.

Bestemmelsen i § 228 annet ledd gjelder tilsvarende.».

Bakgrunnen for revisjonen var ei ransak som hadde skapt stor oppsikt. Ingen av dei anerkjente fengslingsgrunnane gjorde seg gjeldande overfor ein mann som var mistenkt for eit stygt drosjeran, og forhøyringsretten måtte sleppe han laus, noko allmennheita reagerte på.²⁸

²⁵ Jf. Bratholm (1957) s. 18 (som viser til 'Betænkning II' s. 502) og 129.

²⁶ Jf. Bratholm (1957) s.129.

²⁷ Lov om Rettergangsmaaden i Straffesager av 1. juli 1887 nr. 5.

²⁸ Jf. Ot.prp.nr. 81 (1999-2000) s. 13 og Andenæs (2009) s. 291.

Føresegna om rettshandhevingsarrest vart vidareført i den nye straffeprosesslova av 1981 sin § 172. Det var forutsatt at den nye paragrafen skulle vere ei vidareføring av den gamle § 228a, men for klarheits skuld vart ordlyden endra for å gi uttrykk for at rettshandhevingsarrest kunne nyttast sjølv om vilkåra for pågriping i § 171 ikkje var til stades.²⁹

Adgangen til rettshandhevingsarrest vart utvida ved lovrevisjon av 2001. Også denne gongen var det enkelthendingar som var bakgrunnen for revisjonen.³⁰ Ein såg at det var behov for å utvide § 172, slik at den nemnte også dei dei alvorlegaste lekamskrenkingane som då ikkje var omfatta, og la desse til i eit nytt litra b i første punktum.

I 2003 vart § 172 tillagt eit nytt andre punktum. I følgje dette skulle det «særleg legges vekt på om det er egnet til å støte allmenhetens rettsfølelse eller skape utrygghet dersom den mistenkte er på frifot.». Andre punktum var ikkje meint å innebere noka endring av gjeldande rett, den var pedagogisk grunngitt.³¹

I dag ser straffeprosesslova sin § 172 slik ut:

«Når noen mistenkes for

a) en forbrytelse som kan medføre straff av fengsel i 10 år eller mer, eller forsøk på en slik forbrytelse, eller

b) en forbrytelse mot straffeloven § 228 annet ledd annet straffalternativ jf. § 232, § 229 annet straffalternativ jf. § 232, eller § 229 tredje straffalternativ,

kan han pågripes såfremt det foreligger tilståelse eller andre forhold som i særlig grad styrker mistanken, selv om vilkårene i § 171 ikke er oppfylt. Ved vurderingen skal det særlig legges vekt på om det er egnet til å støte allmennhetens rettsfølelse eller skape utrygghet dersom den mistenkte er på frifot. Forhøyelse av maksimumsstraffen på grunn av gjentakelse eller sammenstøt av forbrytelser kommer ikke i betraktning.».

²⁹ Jf. Innstilling 1969 s. 240.

³⁰ Jf. Ot.prp.nr. 81 (1999-2000) s. 19 og Andenæs (2009) s. 291

³¹ Jf. Ot.prp.nr. 62 (2002-2003) s. 99.

Vi ser då at det blir stilt særlege krav til strafferamme- og mistankekravet, samt at føresegna også er knytt til straffverdigheita ved alvorlege lekamskrenkingar. Bakgrunnen var altså at allmennheita hadde reagert, og eg skal då sjå vidare på grunngivinga for og føremålet med regelen.

3.2 Grunngevinga: Føremålet med rettshandhevingsarrest

Straffeprosessen si målsetjing er å realisere det strafferettslege ansvaret ved å finne fram til saka si materielle sanning. Varetektsfengsling er då først og fremst grunngitt i omsynet til saka si oppklaring og gjennomføring, særleg dei alminnelege fengslingsgrunnlaga i strpl. § 171.³² Men nokre av dei er grunngitt i vidare kriminalitetsførebyggande formål, t.d. § 171 (1) nr. 3 som gir høve til å fengsle på bakgrunn av gjentakingsrisiko, utan at det kan seiast å ha ein direkte samanheng med etterforskinga sitt mål.

I dette avsnittet vil eg gjere greie for kva omsyn som talar for og mot å ha ein regel om rettshandhevingsarrest i norsk rett. Eg vil sjå på kva vurderingar som låg bak innføringa av regelen og kva lovgivaren i si tid ville oppnå med den. Av interesse er også korleis framstående juristar vurderte dei motstridande omsyna før regelen vart innført. Og sidan domstolane vil leggje vekt på føremålet med regelen, vil det vere relevant å sjå på korleis Høgsterett og Den europeiske menneskerettsdomstolen har oppfatta dette og formulert det i praksisen sin.

Danmark var tidlegare ute med å gjeninnføre rettshandhevingsarrest enn Noreg – i 1936. I dei danske lovforarbeida frå 1934/1935 – som den norske Straffeprosesslovkomiteen viste til i si grunngiving i 1961³³ - vart det mellom anna peika på at det vil

«... virke meget anstødeligt at Folk... maa se paa og taale [den mistenkte sin] frie Færden.»

og at dette kan

«... fremkalde et Indtryk af manglende Alvor og Konsekvens i Haandhevelsen, der egner sig til at forvirre Rettsbevistheden.»³⁴

³² Bjerke (1986) s. 6-7 og Bratholm (1969) s. 323.

³³ Jf. Innstilling 1961 s. 7.

³⁴ Jf. Innstilling 1961 s. 7 som viser til Rigsdagstidende 1934-35, B s. 2146 flg.

Mindretalet i Retsplejeudvalget uttalte at dei av prinsipielle grunnar ikkje kunne godta ei antesipert straff i form av varetektsfengsling der lova sine alminnelege vilkår ikkje var tilstrekkelege, og at ein ikkje burde leggje vekt på folkeopinionen som hadde oppstått i ei konkret sak.³⁵ Den norske juristen Anders Bratholm meinte at sjølv om den danske grunngevinga var basert på allmennpreventive omsyn, ville gjengjeldingsomsynet indirekte få betydning, då det ville bli lagt vekt på allmennheita sitt behov for represjon³⁶:

«I land der rettshåndhevelsesarrest er legalisert - som i Danmark – kan myndighetene innenfor lovens grense legge vekt på både allmenpreventive hensyn og hensynet til almenheten sin gjengjeldelsestrang, i den utstrekning dette blir regnet for å bevare respekten for lov og rett.»³⁷

I teorien frå før reglen i strpl. 1887 § 228 a kom det fram ulike syn på fengsling med allmennpreventive føremål. Johs Andenæs meinte at fengsling grunngitt i rettshandhevingsomsyn (allmennheita sin tillit til rettsordenen) burde bli legalisert i høve alvorlege brotsverk «når skylden praktisk talt er på det rene.»³⁸ Anders Bratholm kategoriserte «strafformål» som eit ikkje-ankjent føremål i høve fengsling.³⁹ Han delte straffeføremål inn i to typar; gjengjeldingsføremål og førebyggingsføremål (herunder allmennprevensjon).⁴⁰ Han meinte at å tillate fengsling grunngitt i omsynet til allmennprevensjon lett ville vere å gi rom for å leggje vekt på allmennheita sitt ønske om gjengjelding, at dei to typane omsyn ville flyte over i kvarandre i praksis.⁴¹ Bratholm meinte vidare at ein slik fengslingsheimel ville vere langt sterkare grunngitt dersom det var ein føresetnad for fengsling at det var tale om eit brotsverk som hadde oppskaka allmennheita, men at ein regel som berre omfatta alvorlege brotsverk ville ha ein avgrensa allmennpreventiv verknad då desse var få i talet

³⁵ Jf. Innstilling 1961 s. 7 som viser til Rigsdagstidende 1934-35, B s. 2146 flg.

³⁶ Jf. Bratholm (1957) s. 156-157.

³⁷ Jf. Bratholm (1957) s. 156.

³⁸ Jf. Bratholm (1957) s. 156, som viser til Andenæs i NKÅ 1948/49 s. 104.

³⁹ Jf. Bratholm (1957) s. 142-159.

⁴⁰ Jf. Bratholm (1957) s. 151-157.

⁴¹ Jf. Bratholm (1957) s. 156.

og det som regel uansett ville ligge føre fengslingsheimel i slike tilfelle.⁴² Å innføre retts-handhevingsarrest etter dansk mønster ville også kunne vere sosialpedagogisk uheldig, då ei godkjenning av ein slik fengslingsregel ville vere å imøtekome allmennheita sitt behov for umiddelbar represjon:

«Det ville være en konsesjon til gjengjeldelsestanken, noe som passer dårlig med de bestrebelser som ellers gjøres for å øke almenhetens forståelse for en human og rasjonelt begrunnet strafferett og strafferettspleie.»⁴³

Straffeprosesslovkomiteen la i 1961 fram si vurdering av behovet for heimel til varetektsfengsling ved særleg grove brotsverk.⁴⁴ Komiteen kom fram til at dei gjeldande føreseggene ikkje syntest å strekke til i alle tilfelle der det kunne vere «naturlig og rimelig» å nytte varetektsfengsel, då det kunne førekome tilfelle der det var tale om sær grove straffbare handlingar, og det ikkje var tvilsamt at den sikta var skuldig, men der ingen av dei då gjeldande vilkåra for varetektsfengsel var til stades. Det vart lagt vekt på at potensielt opprørande og grufulle brotsverk ville kunne føre til reaksjonar frå allmennheita dersom den sikta skulle kunne gå rundt «løs og ledig» fram til endeleg avsagt dom, «en dom som antagelig vil gå ut på at siktede skal berøves friheten for mangfoldige år fremover». Det vart vidare lagt vekt på at det heller ikkje for den sikta ville vere nokon fordel å halde fram med å vere på frifot, sidan han uansett ikkje kunne fortsette sitt alminnelege liv og daglege arbeid; det ville ofte vere ei psykisk påkjenning, i ekstreme tilfelle ville han også kunne frykte overgrep frå allmennheita, og han ville uansett få fråtrekk for varetektstida i den straffa han måtte rekne med å bli dømt til, jf. strl. § 60. Omsynet til rettshandhevinga tala også for å utvide heimelen for varetektsfengsling, då det ville kunne vere eigna til å gi allmennheita eit inntrykk av at denne var ineffektiv, at det ikkje vart reagert tilstrekkeleg kraftig og at det vart lagt overdrive vekt på formalistiske, juridiske omsyn, dersom den sikta fekk gå rundt fritt fram til saka kom opp for retten. Mot ein utvida heimel til varetektsfengsling tala «det

⁴² Jf. Bratholm (1957) s. 321.

⁴³ Jf. Bratholm (1957) s. 322.

⁴⁴ Jf. Innstilling 1961.

fundamentale prinsipp» at den sikta skal reknast som ikkje skuldig fram til han er dømt (uskuldspresumsjonen), men dette omsynet meinte komiteen måtte stå tilbake i slike saker, då det var tale om tilfelle der den sikta hadde tilstått eller skuldspørsmålet av andre grunnar ikkje valda tvil.

Varetektsutvalet, som i NOU 1980:28 la fram sine vurderingar i høve behovet for endringar i reglane om pågriping og varetektsfengsling, ville i den nye § 172 behalde § 228 a uendra, med unntak av at det i føresegna skulle uttrykkjeleg presiserast at fengsling kunne skje sjølv om vilkåra i § 171 ikkje er til stades.⁴⁵ Både fleirtalet og mindretallet meinte at det var behov for ei slik føresegn. Dei la til grunn at sjølv om ein slik regel ikkje var utan tvilsame sider, var dei momenta som talte for ein slik så tungtvegande at desse måtte vere avgjerande. Det vart framheva at føresegna hadde den funksjonen at folk ser at det skjer noko umiddelbart etter eit alvorleg brotsverk, og at dersom ein ikkje hadde heimel for slik varetektsfengsling måtte ein kunne rekne med at det ville kunne oppstå eit sterkt press for å fengsle den sikta etter ein av dei andre varetektsheimlane.

Høgsterett har seinare fleire gongar ytra seg om føremålet til § 172, som den i korte trekk har skildra som ivaretaking av det særlege fengslingsbehovet ved særleg graverande brotsverk, der det er forhold som i særleg grad styrkar mistanken mot den sikta⁴⁶; i slike tilfelle vil det kunne bli oppfatta som sterkt urimeleg og uheldig om den sikta blir lauslatt inntil pådømming.⁴⁷ I Rt. 1999 s. 2102 uttalte Høgsterett sitt kjæremålsutval:

«Straffeprosessloven § 172 er en bestemmelse som skal ivareta samfunnets behov for å beskytte seg mot den som er siktet for grove forbrytelser, mens saken er til behandling, og skape tillit til samfunnets rettshåndhevelse.»⁴⁸

⁴⁵ Jf. NOU 1980:28 s. 53.

⁴⁶ Jf. bl.a. Rt. 1994 s. 1671, Rt. 1998 s. 674, Rt. 2000 s. 1664 og Rt. 2002 s. 85.

⁴⁷ Jf. Rt. 1994 s. 1671 og Rt. 2000 s. 1664.

⁴⁸ Jf. Rt. 1999 s. 2102 på s. 2103.

Kjæremålsutvalet har særleg framheva at det kan ventast reaksjonar frå allmennheita i slike tilfelle, som i Rt. 2001 s. 290 og Rt. 2002 s. 252:

«Denne bestemmelsen gir hjemmel for varetektsfengsling i tilfelle hvor sterke samfunnsmessige hensyn tilsier at siktede frihetsberøves, særlig hensett til de reaksjoner som kan fryktes dersom en person som er siktet for alvorlige forbrytelser, fortsatt skulle være i frihet.».⁴⁹

«Utvalget bemerker at bestemmelsen i straffeprosessloven § 172 er begrunnet i samfunnsmessige behov, og skal motvirke den følelsen av utrygghet og mangel på tillit til rettshåndhevelsen, som kan gjøre seg gjeldende om en løslater personer som med høy grad av sannsynlighet mistenkes for alvorlige forbrytelser.».⁵⁰

Den europeiske menneskerettsdomstolen opna i den grunnleggjande Letellier-dommen i 1991 - som seinare EMD-praksis viser til - for at omsynet til allmennheita sine reaksjonar i tilfelle lauslating av ein som var sikta for eit alvorleg brotsverk, kunne vere eit relevant fengslingsgrunnlag:

«The Court accepts that, by reason of their particular gravity and public reaction to them, certain offences may give rise to a social disturbance capable of justifying pre-trial detention, at least for a time. In exceptional circumstances this factor may therefore be taken into account for the purposes of the Convention...».⁵¹

Det er altså ei rekke omsyn som talar for å ha ein regel om rettshandhevingsarrest, og lovgivar har funne at desse veg tyngre enn dei omsyna som talar mot ein slik regel. Grunna omsynet til allmennheita og til rettshandhevinga, samt omsynet til den sikta sjølv, har ein kome fram til at dei andre fengslingsgrunnane ikkje er tilstrekkelege. Føremålet med føresegna er kort sagt å beskytte samfunnet og tilliten til rettshandhevinga, og å motverke krea-

⁴⁹ Jf. Rt. 2001 s. 290 på s. 291.

⁵⁰ Jf. Rt. 2002 s. 252 på s. 256.

⁵¹ Jf. Letellier v. France pkt. 51.

tiv bruk av dei andre fengslingsgrunnane. Fengslingsgrunnlaget kan derfor plasserast inn i ei vidare kriminalitetsbekjempande ramme, der tilliten til rettssystemet er viktig, og har dermed ei - om enn svak - tilknytning til den legitime samfunnsmessige målsetjinga om å få realisert det strafferettslege ansvaret.

Men som det vil gå fram av det ovanfor nemnte, kan det også reisast innvendingar mot fengsling etter § 172. Å godta antesipert straff i form av fengsling er – sjølv i tilfelle der det ligg føre sterkt sannsyn for skuld - eit stort inngrep i uskuldspresumsjonen. Sjølv om mistankekravet er sterkt, er varetektsprosessen ein mindre rettssikker prosess enn hovudforhandlinga i ein rettssak; det er ein dommar åleine, korte forhandlingar og mange av dei prosessuelle grunnprinsippa blir fråvike. Det er vidare nærliggande å tru at «allmennhetens rettsfølelse» i saker av den arten som her er aktuelle vil kunne spegle eit gjengjeldingsbehov i folkeopinionen, noko som med Bratholm sine ord vil vere «sosialpedagogisk uheldig». I tillegg kan nemnast at dommarar som har teke standpunkt til det kvalifiserte mistankekravet i § 172 blir ugilde i høve hovudforhandlinga, noko som kan føre til praktiske problem for domstolane, særleg dei mindre.⁵² Den lausare tilknytninga til den samfunnsmessige målsetjinga vil derfor måtte gjerast opp for gjennom dei vilkåra som blir sett for å kunne fengsle i desse tilfella. Som vi skal sjå er vilkåra for å kunne fengsle på dette grunnlaget vesentleg strengare enn for dei andre fengslingsgrunnlaga.

Eg går då over til å sjå nærare på innhaldet i regelen om rettshandhevingsarrest.

⁵² Sjø t.d. Rt. 1996 s. 261.

4 Grunnvilkåra: Den absolutte grensa for rettshandhevingsarrest

I dette avsnittet skal eg gjere greie for grunnvilkåra for å kunne nytte rettshandhevingsarrest etter straffeprosesslova sin § 184 andre ledd, jf. § 172 og EMK art. 5. Dersom domstolane kjem til at desse er oppfylte, må dei i tillegg gjere ei samhøvevurdering, der dei tek stilling til om fengsling i det konkrete tilfellet vil vere naudsynt og samhøveleg, jf. strpl. § 170 a og EMK art. 5 (3). Dersom dei ikkje er oppfylte, kjem fengsling aldri på tale, og ei samhøvevurdering blir overflødig. At grunnvilkåra ligg føre er såleis ein naudsynt føresetnad for rettshandhevingsarrest, men ikkje tilstrekkeleg.

Både straffeprosesslova og EMK inneheld grunnvilkår til rettshandhevingsarrest. Eg vil først gjere greie for kravet om alvorleg brotsverk, før eg går over på kravet til kvalifisert mistanke, samt kva denne mistanken må omfatte. Vidare vil eg gjere greie for kravet om at det må ligge føre ein situasjon som rettferdiggjør bruken av rettshandhevingsarrest, at det at den mistenkte er på frifot er eigna til å «støte allmennhetens rettsfølelse eller skape utrygghet». Til slutt vil eg gjere greie for kravet om at føremålet med fengslinga ikkje må kunne realiserast ved mindre inngripande tiltak. Det er dei to førstnemnde krava som blir kalla «grunnvilkår» av Høgsterett sitt kjæremålsutval, men det er på det reine at dei to sistnemnde også er grunnleggjande krav for at rettshandhevingsarrest skal kunne anvendast, og at dei må ligge føre før det kan gjerast ei samhøvevurdering etter strpl. § 170 a og EMK art. 5 (3). Det vil derfor vere naturleg å omtale dei i samband med dei andre grunnleggjande vilkår.

4.1 Alvorleg brotsverk

Den utvida adgangen til pågriping og fengsling som følgjer av § 172 kan berre nyttast dersom nokon er mistenkt for eit alvorleg brotsverk. Det er berre då omsyna som har grunngitt bruk av rettshandhevingsarrest gjer seg gjeldande.⁵³ Lovgivar har valt å knyte kravet til brotsverket sitt alvor opp mot strafferammene og til det straffbare forholdet sin art.

Eg skal då sjå nærare på kva for brotsverk som kan rettferdiggjere rettshandhevingsarrest og startar med det første alternativet knytt til strafferammene.

Etter ordlyden i § 172 litra a må brotsverket kunne medføre fengselsstraff i 10 år eller meir. Det er den abstrakte strafferamma i lovboda som er relevant, ikkje kva konkret straff som blir venta å bli idømt i det enkelte tilfelle.

I straffelova finn vi reglar som kan auke og redusere straffa i visse tilfelle.⁵⁴ Spørsmålet blir om det ved avgjerda av om strafferammekravet i § 172 første punktum er oppfylt, skal takast omsyn til desse reglane.

Straffelova §§ 61-63 set strengare straff i gjentakings- og konkurrenstillfelle. Det går uttrykkjeleg fram av § 172 tredje punktum at det ikkje skal takast omsyn til slik forhøging av maksimumsstraffa i høve strafferammekravet i første punktum litra a, jf. tredje punktum.

Forsøk på eit brotsverk er straffbart, jf. strl. § 49. Men straffbart forsøk skal straffast mildare enn fullbyrda brotsverk, jf. strl. § 51. Dette skal det ikkje takast omsyn til i høve strafferammekravet i § 172 første punktum litra a, jf. den uttrykkjelege presiseringa «eller forsøk på en slik forbrytelse». Ei slik presisering finn vi ikkje i litra b. Bjerke mfl. legg likevel til grunn at dette må leggjast til grunn også i høve denne heimelen.⁵⁵ Departementet la i si tid til grunn i forarbeida til lovendringa av 2001 at ei slik presisering ikkje var føremålstenleg,

⁵³ Jf. Ot.prp.nr. 81 (1999-2000) s 14.

⁵⁴ Almindelig borgerlig Straffelov av 22. mai 1902 nr. 10.

⁵⁵ Jf. Bjerke (2011) s. 631.

då forsøk på dei aktuelle brotsverka ikkje kjem på tale fordi dei gjeld uforsettlege følgjer.⁵⁶ Forsøk på dei i litra b nemnte straffbare handlingane er altså ikkje praktisk.

Det skal altså ikkje takast omsyn til dei særlege strafferammereglane om gjentakning, konkurrans eller forsøk i straffelova ved avgjerda om strafferammekravet i § 172 første punktum er oppfylt.

Det andre alternativet i føresegna er knytt til det straffbare forholdet sin art, jf. § 172 første punktum litra b. Etter denne blir det kravd at brotsverket må gjelde straffelova § 228 andre ledd andre straffalternativ, jf. § 232, § 229 andre straffalternativ, jf. § 232, eller § 229 tredje straffalternativ.

Fengsling på grunnlag av det straffbare forholdet sin art i strpl. § 172 litra b vart som nemnt ovanfor tillagt fordi ein såg at det var behov for å utvide anvendingsområdet for rettshandhevingsarrest slik at det også omfatta dei alvorlegaste lekamskrenkingane som hadde ei strafferamme på under 10 år. Det vart fremja forslag om å setje ned strafferammekravet frå ti år, men departementet meinte at det av dei straffeboda som ikkje kunne medføre straff i minst ti år, berre var strl. §§ 229 tredje straffealternativ (lekamsskading med døden til følge), 228 (2) andre straffealternativ (lekamsfornærming med døden eller betydeleg skade til følge) og 229 andre straffalternativ (lekamsskading med sjukdom eller arbeidsudyktigheit (som varer over to veker) eller uhelbredeleg lyte, feil eller skade til følge) som kunne skape slike reaksjonar som strpl. § 172 skal motverke, og at dei to sistnemnde straffeboda berre kunne gjere dette dersom vilkåra i strl. § 232 var oppfylt.⁵⁷ Felles for alle desse straffeboda er at følgjene ikkje er omfatta av forsettet, berre lekamsfornærminga/lekamsskadinga og evt. omstendene i § 232. Departementet meinte at det først og fremst er følgjene av brotsverket og omstendene rundt dette allmennheita vil reagere på, ikkje kor langt forsettet strekk seg.⁵⁸

⁵⁶ Jf. Ot.prp.nr. 81 (1999-2000) s.19.

⁵⁷ Jf. Ot.prp.nr. 81 (1999-2000) s. 15 og 19.

⁵⁸ Jf. Ot.prp.nr. 81 (1999-2000) s. 14-15.

Det er altså eit vilkår for at strl. §§ 228 (2) andre straffealternativ og 229 andre straffealternativ skal kunne rettferdiggjere rettshandhevingsarrest, at strl. § 232 kjem til anvending. Kva må så til for at § 232 skal gjere seg gjeldande?

Det avgjerande for om paragrafen gjer seg gjeldande, er om det ligg føre «særdeles skjerpende omstendigheter». Paragrafen nemner fleire konkrete forhold som utgjer slike særleg skjerpende omstende; at brotsverket er utført på ein særleg smertefull måte, ved hjelp av gift eller andre særskadelege stoff eller ved bruk av kniv eller andre særleg farlege reiskap. Desse forholda må vere omfatta av gjerningsmannen sitt forsett dersom paragrafen skal kome til anvending, jf. ordlyden «forsætlig utført». Ved avgjerda av om det ligg føre «andre» særleg skjerpende omstende, seier tredje punktum at det skal leggjast særleg vekt på om brotsverket er gjort mot ein forsvarslaus person, om det er motivert av særlege beskyttelsesverdige forhold ved den fornærma sin person, om det blir gjort av fleire i fellesskap eller om det har karakter av mishandling.

Straffeprosesslova sine reglar må som nemnt i avsnitt 1.2.2 tolkast i samsvar med krava som går fram av EMK og EMD sin praksis. Spørsmålet blir derfor om EMK art. 5 inneheld relevante presiseringar i høve kravet om alvorleg brotsverk i strpl. § 172 første punktum litra a og b.

EMK stiller etter ordlyden i EMK art. 5 (1) litra c i utgangspunktet berre opp eit krav om at den sikta må vere mistenkt for å ha gjort seg skuldig i «an offence». Fridomsinngrepet må skje som ledd i straffeforfølginga, mistanken må gjelde eit straffbart forhold. Sjølv om artikkelen ikkje stiller noko konkret krav til at brotsverket må vere av ei visst alvor, må ein rekne med at bagatellmisferder ikkje kan reknast som «offence» i høve EMK, uavhengig av om dette skulle oppfylle krava etter nasjonal rett.⁵⁹ Eit slikt eventuelt krav til eit ikkje-bagatellmessig brotsverk er sjølv sagt mykje mindre strengt enn dei ovanfor nemnte krava etter strpl. § 172. Men som vis skal sjå nedanfor i pkt. 4.4.2.1, vil eit krav til alvorleg brotsverk gjere seg gjeldande i høve rettshandhevingsarrest etter ei viss tid.

⁵⁹ Jf. Aall (2011) s. 322 og Aall (2013) s. 231.

Eg legg til grunn at EMK art. 5 i *utgangspunktet* ikkje inneheld relevante presiseringar i høve kravet om alvorleg brotsverk i strpl. § 172 første punktum.

Oppsummeringsvis ser vi då at kravet til alvorleg brotsverk er oppfylt dersom brotsverket enten har ei øvre strafferamme på ti år eller meir, eller dersom brotsverket gjeld eit av dei dei særleg nemnte brotsverka som ikkje oppfyller dette strafferammekravet. Desse krava, som går fram av straffeprosesslova, er vesentleg strengare enn eit eventuelt minstekrav i EMK art. 5 (1) c.

Eg går då vidare til å sjå på det neste grunnvilkåret om kravet til kvalifisert mistanke.

4.2 Kvalifisert mistanke

Eit andre vilkår for å kunne bruke rettshandhevingsarrest er at det ligg føre kvalifisert mistanke.

I strpl. § 172 første punktum heiter det at det må ligge føre «tilståelse eller andre forhold som i særleg grad styrker mistanken».

Ordlyden peikar på at det må ligge føre tilståing eller andre forhold som i særleg grad styrkar mistanken, noko som kan tyde på at desse andre forholda må vere oppimot like sterke bevis som tilståing. Det er i tilfelle eit strengt sannsynskrav det er tale om, som stiller krav til at det ligg føre solide bevis for mistanken mot den sikta.

Etter rettspraksis i høve denne føreseгна er det – i motsetnad til § 171 – ikkje tilstrekkeleg at det ligg føre ‘skjellig grunn til mistanke’,⁶⁰ altså sannsynsovervekt,⁶¹ det må ligge føre «adskillig mer» enn dette.⁶² Det blir kravd «særleg sterkt grunnlag for mistanke i slike tilfeller», men det er ikkje naudsynt at det ligg føre «’en nær opp til visshet grensende sannsynlighet’». ⁶³ Temaet for vurderinga er ikkje det same som ved spørsmål om domfelling, der skuld må vere bevist utanfor rimeleg tvil.⁶⁴ Det er uttalt at det er rom for «en viss tvil».⁶⁵

Sidan ein fellande dom er meir inngripande enn varetektsfengsling etter strpl. § 172, må det vere klart at beviskravet for domfelling (tradisjonelt formulert som at vedkomande er skuldig «utanfor ein kvar rimeleg tvil») er strengare enn for fengsling etter § 172.⁶⁶ Dersom

⁶⁰ Jf. Rt. 1989 s. 70.

⁶¹ Jf. Rt. 1993 s. 1302.

⁶² Jf. Rt. 1992 s. 423 og Innstilling 1961 s. 8.

⁶³ Jf. Rt. 1989 s. 186.

⁶⁴ Jf. Rt. 2007 s. 84.

⁶⁵ Jf. Rt. 2000 s. 371.

⁶⁶ Jf. Strandbakken (2003) s. 350.

dette ikkje var tilfelle, ville alle fengslingar etter paragrafen vere i strid med uskulds-presumsjonen i EMK art. 6 (2).⁶⁷

Eg legg etter dette til grunn at mistankekravet i strpl. § 172 er strengare enn kravet til «skjellig grunn til mistanke», altså sannsynsovervekt, men ikkje like strengt som sannsyns-kravet for domfelling.

Spørsmålet er vidare korleis dette mistankekravet utartar seg i praksis. Kva for bevis må ligge føre for at det skal kunne fengslast med heimel i strpl. § 172?

Domstolane tek stilling til fengsling – herunder mistankekravet – i orskurdar (jf. ovanfor i pkt. 1.2.1). Høgsterett sitt ankeutval (tidlegare kjæremålsutval) har avgrensa prøvingskompetanse overfor ei «vidare anke» frå lagmannsretten, jf. strpl. § 388. Sidan dei fleste anker over fengslingsorskurdar er slike vidare anker, og sidan Ankeutvalet ikkje kan prøve subsumsjonen (rettsanvendinga) i slike tilfelle, berre den generelle lovtolkinga, har vi få autoritative ytringar om kva konkrete omstende som oppfyller det kvalifiserte mistankekravet.

I det følgjande skal eg sjå på korleis høgsterett har vurdert mistankekravet i høve vidare fengsling etter at dom er avsagt. Problemstillinga er kva konsekvensar dommen får for bevisvurderinga.

Beviskravet for å domfelle nokon er som tidlegare nemnt strengare enn for å fengsle nokon etter strpl. § 172. Betyr dette at fellande dom er eit forhold som gjer at mistankekravet er oppfylt? Er fellande dom eit «forhold som i særleg grad styrker mistanken»?

Høgsterett sitt kjæremålsutval har uttalt at det at den mistenkte har blitt dømt i høve det relevante straffebodet, vil vere av betydning for vurderinga om det ligg føre kvalifisert mis-

⁶⁷ Jf. Strandbakken (2003) s. 351.

tanke. Når det er avsagt fellande dom, vil mistankekravet «regelmessig være oppfylt».⁶⁸ Dommen er i seg sjølv eit «meget tungtveiende moment» i vurderinga.⁶⁹

Men sjølv om det ligg føre ein fellande dom, er det ikkje tilstrekkeleg i seg sjølv berre å vise til ei slik avgjerd som grunngeving for rettshandhevingsarrest. Retten må i slike tilfelle gjere ei ny, sjølvstendig vurdering av mistanken som gjer seg gjeldande i den konkrete saka.⁷⁰ Det er ikkje eit krav at retten gjer ei like grundig vurdering som den som den skal gjere i ei hovudforhandling, den skal ikkje gjennomgå saka fullstendig («så å si avholde ‘ny hovedforhandling’»)⁷¹. Det retten må gjere er å gjennomgå den fellande dommen, gjere seg opp ei meining om kvaliteten og bevisverdien av dei vurderingane som er gjort i den og samanhalde dette med dei bevisa som blir hevda å svekke den bevisvurderinga dommen byggjer på.⁷²

Eg legg etter dette til grunn at ein fellande dom vil vere eit særst tungt moment i bevisvurderinga, men at den ikkje automatisk vil vere tilstrekkeleg til å grunngi rettshandhevingsarrest.

Det neste spørsmålet er kva som blir konsekvensen av at det ligg føre formelle feil ved den fellande dommen, om dette vil svekke bevisverdien av den.

Høgsterett sitt kjæremålsutval avviste i orskurden i Rt. 1995 s. 1232 at den fellande dommen som låg til grunn for fengslingsorskurden ikkje kunne grunngi denne fordi ein anke over sakshandsaminga, straffutmålinga og inndraginga i dommen skulle handsamast av Høgsterett. Utvalet ytra at det normalt ville vere tilstrekkeleg å vise til den fellande dom-

⁶⁸ Jf. Rt. 1995 s. 1073 på s. 1075. Jf. også Rt. 1995 s. 1235, Rt. 1998 s. 1238 og Rt. 1998 s. 1244.

⁶⁹ Jf. Rt. 1998 s. 2072 på s. 2074.

⁷⁰ Jf. Rt. 1996 s. 1352, Rt. 1998 s. 1238 og Rt. 1998 s. 1244.

⁷¹ Jf. Rt. 1998 s. 155 på s. 157

⁷² Jf. Rt. 1998 s. 155.

men som grunngeving for at det ligg føre kvalifisert mistanke, og at anketilvisinga ikkje endra dette.⁷³

I orskurden i Rt. 1996 s. 1352 hadde den sikta blitt dømt av herredsretten, men dommen vart oppheva av lagmannsretten sidan den eine meddommaren ikkje lenger var medlem av meddommarutvalet. Utvalet la til grunn at dommen vart oppheva av «formelle grunner som ikke tilsier at domspremissene vurderes på noen vesentlig annen måte enn domspremisser i en dom som f eks er påanket på grunn av saksbehandlingsfeil...». ⁷⁴ Kjæremålsutvalet avviste også at det å legge vekt på ein slik dom var i strid med uskuldspresumsjonen i EMK art. 6.2.

Det at det ligg føre ein formell feil ved den fellande dommen, som gjer at den må opphevast, er altså ikkje naudsynsvis er til hinder for at den veg særst tungt i mistankevalderinga.

Ein situasjon som kan oppstå er den at fagdommarane i lagmannsretten set til side ei frifinnande orskurd frå lagretten, grunna at dei finn det utvilsamt at den tiltalte er skuldig, jf. strpl. § 376 a. Kva vekt vil ei slik avgjerd ha i bevisvalderinga? Vil den vere eit «forhold som i særleg grad styrker mistanken»?

Høgsterett sitt kjæremålsutval tok stilling til spørsmålet i orskurden i Rt. 1995 s. 1385. Lagmannsretten hadde lagt til grunn at det var tilstrekkeleg som grunngeving for at det låg føre kvalifisert mistanke å vise til avgjerda om at straffesaka skulle handsamast på nytt med nye dommarar. Kjæremålsutvalet uttalte at lagmannsretten si avgjerd, slik den låg føre, ikkje kunne likestillast med ein fellande dom.⁷⁵ Dette gjeld sjølv om den tiltalte blir dømt i første instans, jf. Rt. 1998 s. 470, der Kjæremålsutvalet framheva omsynet til den tiltalte sin rettstryggleik.⁷⁶ I orskurden i Rt. 1995 s. 1385 stilte dette seg annleis, då Høgsterett sitt kjæremålsutval fann ei tilstrekkeleg grunngeving i tilvisinga til byretten sine valderingar.

⁷³ Jf. Rt. 1995 s. 1232.

⁷⁴ Jf. Rt. 1996 s. 1352 på s. 1353.

⁷⁵ Jf. Rt. 1995 s. 1385.

⁷⁶ Jf. Rt. 1998 s. 470.

Desse vurderingane var utførlige, og lest i samanheng med fagdommarane si avgjerd om å sette lagretten si avgjerd til side, var kravet til kvalifisert mistanke oppfylt.⁷⁷

Ei avgjerd etter strpl. § 376 a er altså i seg sjølv ikkje tilstrekkeleg til å oppfylle kravet til kvalifisert mistanke i strpl. § 172, men dette kan likevel bli resultatet i slike tilfelle etter ei konkret vurdering i den enkelte saka.

Spørsmålet blir til slutt om EMK art. 5 inneheld relevante presiseringar i høve kravet om kvalifisert mistanke i § 172.

EMK art. 5 (1) litra c krev i utgangspunktet at det må ligge føre «reasonable suspicion» om at den sikta har gjort seg skuldig i eit brotsverk. Sannsynskravet «reasonable suspicion» («rimeleg mistanke») er kanskje etter ordlyden noko lempelegare enn eit krav til sannsynsovervekt.⁷⁸ Men mistanken må kunne byggjast på objektive kriterium, det må ligge føre objektive, realistiske haldepunkt for mistanken.⁷⁹ Det er sjølvsagt ikkje noko krav om at mistanken skal halde seg i retten, og det er myndigheitene si overbevisning på fengslings-tida som er avgjerande.⁸⁰ Kravet til «reasonable suspicion» er i alle tilfelle ikkje like strengt som det kvalifiserte mistankekravet etter strpl. § 172. Ei anna sak er at EMD har lagt vekt på kor sterk mistanken er i det enkelte tilfelle i samhøvevurderinga av om omsynet til «public order» er tilstrekkeleg til å rettferdiggjere fengsling i det enkelte tilfelle (sjå nedanfor i pkt. 5.1.3).

Eg legg til grunn at EMK art. 5 i *utgangspunktet* ikkje inneheld relevante presiseringar i høve kravet om kvalifisert mistanke i strpl. § 172.

Oppsummeringsvis ser vi då at kravet til kvalifisert mistanke er særst strengt. Det er strengare enn kravet til sannsynsovervekt, men ikkje like strengt som for å domfelle nokon. Ein

⁷⁷ Jf. Rt. 1996 s. 1022.

⁷⁸ Jf. Aall (2011) s. 324.

⁷⁹ Jf. Fox, Campbell and Hartley v. The United Kingdom pkt. 32, Erdagöz v. Turkey pkt. 51 og White (2010) s. 218.

⁸⁰ Jf. Erdagöz v. Turkey pkt. 51 og Aall (2011) s. 324.

fellande eller frifinnande dom, vil ikkje vere avgjerande for om mistankekravet er oppfylt. Straffeprosesslova sitt mistankekrav er vesentleg strengare enn kravet til «reasonable suspicion» etter EMK art. 5 (1) litra c.

Eg går då over til å så på kva den kvalifiserte mistanken må omfatte.

4.3 Kva må den kvalifiserte mistanken omfatte?

Vi har ovanfor sett at det blir kravd ein særleg sterk mistanke om ei særleg grov straffbar handling for at det skal bli tale om rettshandhevingsarrest. Den neste problemstillinga blir kva den kvalifiserte mistanken må omfatte i høve den straffbare handlinga.

Er det tilstrekkeleg at det ligg føre kvalifisert mistanke om at den sikta har gjort den handlinga som er skildra i straffebodet (det objektive gjerningsinnhaldet), eller må denne omfatte også dei andre vilkåra for straff (at det ikkje ligg føre straffridomsgrunnar, at det ligg føre subjektiv skuld og at vedkomande er skuldfør)?

Ordlyden i § 172 viser til situasjonen der det ligg føre «forhold som i særleg grad styrker mistanken» om at «noen mistenkes for en forbrytelse». Dette peikar vel på at den kvalifiserte mistanken må omfatte alle dei fire vilkåra for straff, då det å bryte det objektive gjerningsinnhaldet i eit straffebod, ikkje er eit brotsverk («forbrytelse») utan at desse andre føresetnadane er oppfylte.

Høgsterett sitt kjæremålsutval har i sin praksis lagt til grunn at det at det må ligge føre kvalifisert mistanke, gjeld i høve heile skuldspørsmålet. Kjæremålsutval tok først stilling til spørsmålet i orskurden i Rt. 1994 s. 648, der det var spørsmål om naudverje og bevisstlausheit:

«Det er på det rene at dette vilkåret gjelder mistanke om at vedkommende er skyldig og derfor vil kunne straffes. Det er ikke tilstrekkelig at det foreligger forhold som i særleg grad styrker mistanken om at vedkommende faktisk har begått handlingen».⁸¹

Problemstillinga har seinare oppstått i høve spørsmålet om lovbrytarar som det er tvil om er skuldføre, kan fengslast med heimel i § 172. Utilreknelege lovbrytarar kan pågripast med heimel i § 171, dette følgjer uttrykkjeleg av andre ledd i paragrafen. Sidan dette ikkje er

⁸¹ Jf. Rt. 1994 s. 648 på s. 649. Jf. også Rt. 1998 s. 1229, Rt. 1999 s. 297 og Rt. 2012 s. 1854.

nemnt i § 172, og sidan den kvalifiserte mistanken også må omfatte dei subjektive vilkåra for straff, må det følgje av dette at utilreknelege lovbrutarar ikkje kan fengslast med heimel i § 172. Dette kom også Høgsterett sitt kjæremålsutval til i Rt. 1996 s. 439, etter å ha drøfta rettskjeldebiletet. Etter Utvalet sitt syn måtte det vere klart at § 172 måtte tolkast i lys av § 171 andre ledd, og at det ville «harmonere mindre godt med denne bestemmelse dersom § 172 skulle kunne brukas overfor utilregnelige.».⁸²

Det er derfor eit vilkår for rettshandhevingsarrest at det ligg føre kvalifisert mistanke om at alle vilkåra for straff er oppfylt i høve dei relevante straffeboda.

Eit særleg spørsmål som har oppstått er kva mistankekrav som gjeld for at § 232 (om særleg skjerpande omstende) kjem til anvending i § 172 første punktum litra b. Etter ordlyden i er det som nemnt eit vilkår for at strl. §§ 228 (2) andre straffealternativ og 229 andre straffealternativ skal kunne rettferdiggjere rettshandhevingsarrest, at strl § 232 kjem til anvending. Må det ligge føre kvalifisert mistanke om at også strl. § 232 er brote?

I forarbeida til endringslova av 2. mars 2001 nr. 7 uttalte departementet at det må ligge føre «skjellig grunn til mistanke» om at § 232 er brote.⁸³ Bjerke mfl., meiner at det til trass for denne ytringa må leggjast til grunn at det etter ordlyden i føresegna gjeld eit kvalifisert mistankekrav også i høve denne paragrafen, jf. [no også] Andenæs.⁸⁴ Høgsterett sitt kjæremålsutval la til grunn den same tolkinga av strl. § 232 i to orskurdar, HR-1992-2221-S og Rt. 1999 s. 862, før litra b vart tillagt første punktum i strpl. § 172. I Rt. 1999 s. 862 vart det vist til den utrykte orskurden frå 1992 og uttalt:

«... som påpekt i denne kjennelsen, må det forsterkete mistankekravet også vere oppfylt i relasjon til straffeloven § 232.».⁸⁵

⁸² Jf. Rt. 1996 s. 439 på s. 440. Jf. også Rt. 1998 s. 1229, Rt. 1999 s. 297, Rt. 2000 s. 849 og Rt. 2012 s. 1854.

⁸³ Jf. Ot.prp.nr. 81 (1999-2000) s. 45.

⁸⁴ Bjerke (2011) s. 631 og Andenæs (2009) s. 290.

⁸⁵ Jf. Rt. 1999 s. 862 på s. 864.

Sidan departementet viste til dei nemnte orskurdane når det gjorde greie for gjeldande rett, og ikkje grunngav sitt standpunkt om «skjellig grunn til mistanke» i kommentarane til det nye litra b, synest det noko tvilsamt om det meinte å endre mistankekravet i høve strl. § 232. Den kvalifiserte mistanken gjer seg altså gjeldande også i høve spørsmålet om det ligg føre særleg skjerpande omstende etter strl. § 232.

Eg går då over til å sjå på den situasjonen som rettferdiggjer varetektsfengsling.

4.4 Heilskapsvurderinga: Kravet om at det ligg føre ein situasjon som rettferdiggjjer bruken av rettshandhevingsarrest

Det følgjer av rettspraksis knytt til strpl. § 172 og av paragrafen sitt andre punktum at det ikkje er tilstrekkeleg at det ligg føre kvalifisert mistanke om eit alvorleg brotsverk for at vilkåra etter paragrafen skal vere oppfylt, det må også ligge føre ein situasjon som rettferdiggjjer bruken av slik varetektsfengsling. Eit slikt krav følgjer også av EMK art. 5, slik EMD har tolka den.

Eg vil først gjere greie for situasjon som kan rettferdiggjere bruken rettshandhevingsarrest, før eg går inn på krava til vurderinga av om det ligg føre ein slik situasjon. Til slutt vil eg sjå på kva konkrete moment Høgsterett sitt ankeutval og EMD har lagt vekt på i vurderinga.

4.4.1 Kva slags situasjon kan rettferdiggjere bruken av rettshandhevingsarrest?

Det følgjer av rettspraksis at § 172 skal brukast med stor varsemd.⁸⁶ Det skal i kvar enkelt sak vurderast om varetektsfengsling skal skje, om det ut frå føremålet bak føresegna bør fengslast.⁸⁷ Det går fram av Ankeutvalet sin praksis at det er ei *heilskapsvurdering* som skal gjerast, der det blir lagt vekt på føremåla bak § 172 - dei samfunnsmessige behova og rettshandhevingsomsyna som ligg bak føresegna.⁸⁸

Andre punktum i § 172, som vart lagt til i paragrafen i 2003 og ikkje var meint å endre gjeldande rett, lyd:

⁸⁶ Jf. Rt. 2002 s. 842, Rt. 2003 s. 974, Rt. 2003 s. 1486, Rt. 2004 s. 20, Rt. 2005 s. 1003, Rt. 2005 s. 1167 og Rt. 2006 s. 149.

⁸⁷ Jf. Rt. 1995 s. 1073, Rt. 1998 s. 674, Rt. 2000 s. 1136, Rt. 2000 s. 1664, Rt. 2000 s. 1905, Rt. 2001 s. 290, Rt. 2002 s. 85 og Rt. 2002 s. 315.

⁸⁸ Jf. Rt. 1998 s. 674, Rt. 2000 s. 1664, Rt. 2000 s. 1713, Rt. 2002 s. 85, Rt. 2002 s. 842, Rt. 2003 s. 974, Rt. 2003 s. 1486, Rt. 2004 s. 20, Rt. 2004 s. 354, Rt. 2004 s. 1216, Rt. 2005 s. 1167 og Rt. 2006 s. 149.

«Ved vurderingen skal det særlig legges vekt på om det er egnet til å støte allmennhetens rettsfølelse eller skape utrygghet dersom den mistenkte er på frifot.».

Sjølv om det går fram av andre punktum at det «særlig skal legges vekt på om» det vil støte allmennheita si rettskjensle eller skape utrygghet dersom den mistenkte ikkje blir fengsla, er det etter rettspraksis ikkje tvilsamt at det er eit *vilkår* for å anvende rettshandhevingsarrest at ein slik situasjon ligg føre.⁸⁹ Dette er ei vurdering som kjem i tillegg til vurderinga om det ligg føre kvalifisert mistanke om eit alvorleg brotsverk.⁹⁰

Kravet om at det må ligge føre ein situasjon som rettferdiggjer varetektsfengsling følger også av EMD sin praksis knytt til EMK art. 5. Rimeleg mistanke («reasonable suspicion») om at ein person har gjort ei straffbar handling («having committed an offence») er tilstrekkeleg og normalt naudsynt for å rettferdiggjere at nokon skal kunne *pågripast*. Men sjølv om vilkåra for pågriping og fengsling etter ordlyden i art. 5 (1) c er dei same, gjeld det skjerpa vilkår for fengsling. Art. 5 (1) litra c må lesast i samanheng med art. 5 (3), dei to utgjer eit «heile» («forms a whole with it».)⁹¹ Vilkåra i art. 5 (1) c er etter EMD sin praksis tilstrekkelege til å grunngi varetektsfengsling i den innleiande fasen, men for å grunngi det større inngrepet som varetektsfengsling er over ei lengre periode, må staten kunne påvise noko meir enn rimeleg mistanke om ei straffbart forhold. I Letellier-dommen heiter det:

«The persistence of reasonable suspicion that the person arrested has committed an offence is a condition sine qua non for the validity of the continued detention ... but, after a certain lapse of time, it no longer suffices; the Court must then establish whether the other grounds cited by the judicial authorities continue to justify the deprivation of liberty ...».⁹²

⁸⁹ Jf. Jebens (2004) s. 181.

⁹⁰ Jf. t.d. Rt. 2011 s. 1724.

⁹¹ Jf. de Jong, Baljet and van den Brink v. The Netherlands pkt. 44, Ciulla v. Italy pkt. 38, B v. Austria pkt. 36 og Smirnova v. Russia pkt. 56.

⁹² Jf. Letellier v. France pkt. 35, som viser til Stögmüller v. Austria pkt. 4, Wemhoff v. Germany pkt. 12 og Ringeisen v. Austria pkt. 104.

Etter ei viss tid vil det altså ikkje vere tilstrekkeleg for å grunngi fengsling at vilkåra i EMK art. 5 (1) c ligg føre. Det må fremjast andre grunnar for at fengslinga skal kunne vere i tråd med konvensjonen. Desse må vere relevante og tilstrekkelege, og dei må ligge føre så lenge fengslinga varer:

«A person charged with an offence must always be released pending trial unless the State can show that there are “relevant and sufficient” reasons to justify the continued detention.».⁹³

Spørsmålet blir då om omsyna som rettshandhevingsarrest kviler på – omsynet til allmennheita og rettshandhevinga - er relevante og tilstrekkelege i høve å grunngi fengsling etter EMK art. 5.

I dommen *Letellier v. France* blei det akseptert at fengsling av omsyn til «public order» kunne grunngi fengsling.⁹⁴ Saka gjaldt drap, eit sær s alvorleg brotsverk. EMD viste til at nokre brotsverk - på grunn av alvoret deira og offentlegheita sin reaksjon til dei - kan framkalle sosial uro som kan rettferdiggjere varetektsfengsling, i alle fall for ei viss tid, og vidare at dette i eksepsjonelle omstende vil vere eit relevant moment i høve konvensjonen, så langt nasjonal rett anerkjenner slik forstyrring av «public order» på grunn av eit brotsverk. Det blei vidare lagt til grunn at fengsling berre kunne rettferdiggjerast på grunnlag av omsynet til «public order» så lenge dette omsynet gjer seg gjeldande. Det er altså ikkje tilstrekkeleg at det gjer det når fengslingsorskurd først blir treft, det må gjere det i heile fengslingsperioden.

Også Europarådet sine resolusjonar om varetektsfengsling – som ikkje er rettsleg bindande for medlemsstatane - synest å opne for fengsling i slike tilfelle.⁹⁵ Resolusjonen frå 1965 opnar for fengsling når dette er «strictly necessary».⁹⁶ Resolusjonen frå 1980 opnar unn-

⁹³ Jf. *Smirnova v. Russia* pkt. 58. Jf. også *J.M. v. Denmark* pkt. 54.

⁹⁴ Jf. *Letellier v. France* pkt. 51.

⁹⁵ Jf. Rt. 1987 s. 1285 og NOU 1980:28 s. 53.

⁹⁶ Jf. Resolusjon (65) 11 pkt. 1 c.

taksvis for fengsling når dei «tradisjonelle», spesielle fengslingsvilkåra ikkje er oppfylte, gitt at det er tale om eit særleg grovt brotsverk («... exceptionally be justified in certain cases of particularly serious offences»).

Omsynet til «public order» kan altså vere eit relevant omsyn som kan rettferdiggjere fengsling etter EMK art. 5 i eksepsjonelle tilfelle, og dette omsynet er i samsvar med dei omsyna som kan grunngi rettshandhevingsarrest.

Eg legg førebels til grunn at det er samsvar mellom straffeprosesslova sitt krav om at det må ligge føre ein situasjon der lauslating av den sikta er eigna til å støte allmennheita si rettskjensle eller skape utryggheit og EMK art. 5 sitt krav om at «public order» blir trua ved ei eventuell lauslating.

Eg går då vidare til å sjå på kva krav Høgsterett sitt ankeutval og EMD har stilt til dei nærare grunngivingane om at den relevante situasjonen ligg føre.

⁹⁷ Jf. Resolusjon No. R (80) 11 pkt. 4.

4.4.2 Kravet om konkret vurdering av om lauslating er eigna til å skape ein situasjon som rettferdiggjør varetektsfengsling

Det er etter ordlyden i strpl. § 172 andre punktum tilstrekkeleg at den aktuelle saka er «egnet» til å skape ein reaksjon av den typen paragrafen sitt andre punktum nemner. Dette er også understreka i forarbeida til endringslova som innførte andre punktum:

«På samme måte som i dag er det ikke noe vilkår at det må foreligge en konkret og nærliggende fare for at allmennheten rent faktisk vil reagere. Det er tilstrekkelig at den aktuelle saken er egnet til å skape en reaksjon av den type loven nevner.»⁹⁸

Høgsterett sitt kjæremålsutval har kome til at det ikkje er tilstrekkeleg til å grunngi bruk av rettshandhevingsarrest å vise til at saka *generelt* er eigna til å skape slike reaksjonar. Det blir kravd at det blir gjort ei *konkret* vurdering av om samfunnsmessige omsyn, særleg omsynet til reaksjonar hjå allmennheita og i nærmiljøet, tilseier bruk av varetektsfengsling i det enkelte tilfelle.⁹⁹ Det må nemnast kva konkrete omstende som har betyding.¹⁰⁰ Det kan synest som at Kjæremålsutvalet frå og med 2003 har lagt seg på ei strengare line i høve konkretisering enn den gjorde på 90-talet, og at det stadig blir stilt strengare krav i høve dette.¹⁰¹

Utvalet har vidare lagt til grunn at dersom eit brotsverk er utført av fleire i fellesskap, skal det gjerast ei individuell vurdering for kvar av dei, og at kravet til slik individualisering gjeld sjølv ved omfattande sakskompleks.¹⁰²

⁹⁸ Jf. Ot.prp.nr. 62 (2002-2003) s. 99. Jf. også Rt. 2002 s. 842.

⁹⁹ Jf. Rt. 2001 s. 290 på s. 292. Jf. også Rt. 2002 s. 315 og Rt. 2003 s. 974.

¹⁰⁰ Jf. Rt. 2002 s. 842, Rt. 2003 s. 974, Rt. 2003 s. 1486, Rt. 2004 s. 354, Rt. 2004 s. 1216, Rt. 2005 s. 1003 og Rt. 2005 s. 1167.

¹⁰¹ Jf. Bjerke (2011) s.633. Sjå t.d. mindretalet sine merknadar i Rt. 2003 s. 974.

¹⁰² Jf. Rt. 2004 s. 354.

Kravet til grunngevinga av rettshandhevingsarrest vil bli strengare med tida.¹⁰³ Behovet for rettshandhevingsarrest vil nemleg kunne svekkast etter kvart som tida går.¹⁰⁴ Dette følgjer naturleg av føremålet med føresegna i § 172: Allmennheita sin reaksjon overfor den mistenkte og brotsverket han har gjort seg skuldig i vil naturleg nok ofte vere sterkast i kort tid etter at handlinga kom for dagen, jf. orskurden i Rt. 2001 s. 290:

«Selv om det i visse tilfeller kan være grunnlag for fengsling etter § 172 i forholdsvis lange tidsrom, vil det likevel regelmessig være slik at behovet for fortsatt varetektsfengsling blir mindre etter hvert.»¹⁰⁵

I vurderinga av om saka er eigna til å skape ein reaksjon av den typen paragrafen sitt andre punktum nemner, skal det derfor gjerast ei konkret og individuell heilskapsvurdering, der det må gå fram kva konkrete moment som har betydning for at lauslating av den sikta er eigna til å støte allmennheita si rettskjensle eller skape utryggheit.

Spørsmålet er vidare kva krav EMD stiller til dei nasjonale myndigheitene sine grunngevingar i høve bruken av «public order» som fengslingsgrunn etter EMK art. 5. Dersom det er motstrid her, må EMK gå føre, jf. menneskerettslova § 3.

EMD stiller generelt strenge krav til grunngevingar for fengsling. Domstolen krev at det blir gjort ei konkret vurdering på bakgrunn av dei særlege forholda som gjer seg gjeldande i kvar enkelt sak («must be assessed in each case according to its special features»)¹⁰⁶ Momenta i vurderinga skal vere spesifikke, ikkje abstrakte eller stereotype, og det er ikkje tilstrekkeleg å vise til tidlegare avgjerder.¹⁰⁷

I Letellier-dommen påpeika EMD at det er eit heilt grunnleggjande krav for å grunnge fengsling med heimel i «public order» at det kan påvisast at det ligg føre konkrete omsten-

¹⁰³ Jf. Rt. 2010 s. 889.

¹⁰⁴ Jf. Rt. 2002 s. 842, Rt. 2003 s. 974, Rt. 2004 s. 20 og Rt. 2004 s. 354.

¹⁰⁵ Jf. Rt. 2001 s. 290 på s. 291. Jf. også Rt. 2003 s. 974.

¹⁰⁶ Jf. bl.a. Wemhoff v. Germany pkt. 10.

¹⁰⁷ Jf. bl.a. Clooth v. Belgium pkt. 44.

de som kan vise at lauslating av den sikta faktisk ville skape ein slik situasjon, dersom dette skal vere eit relevant og tilstrekkeleg fengslingsgrunnlag:

«However, this ground can be regarded as relevant and sufficient only provided that it is based on facts capable of showing that the accused's release would actually disturb public order. In addition detention will continue to be legitimate only if public order remains actually threatened; its continuation cannot be used to anticipate a custodial sentence.».¹⁰⁸

Grunngivinga til dei nasjonale styresmaktene må altså vise til fakta som viser at lauslating av den mistenkte *faktisk* vil forstyrre «offentleg orden». Det må visast til kva konkrete oms-tende i den enkelte saka som tilseier at allmennheita vil reagere negativt på lauslatinga.

Der er fleire døme på at nasjonale domstolar ikkje har klart å vise at lauslating faktisk ville forstyrre «public order», sjå t.d. Riccardi-dommen, der EMD uttalte:

«The fact that the domestic courts briefly referred to the seriousness of the offences, the circumstances in which the offences were committed and the severity of the potential sentence cannot replace the failure to provide specific reasons for the applicant's continued detention, because the nature of the elements relied on raises more questions than answers with regard to the existence of an alleged danger to public order...».¹⁰⁹

I J.M.-dommen vurderte EMD den danske føresegna om rettshandhevingsarrest. Denne krev at det ligg føre sterk mistanke om eit brotsverk som kan føre til fengselsstraff i seks år eller meir, og at fengsling blir rekna for å vere naudsynt grunna omsynet til rettshandhe-vinga («law enforcement reasons, according to the information obtained on the gravity of the offence»). EMD godtok vurderinga som vart gjort etter den danske føresegna:

¹⁰⁸ Jf. Letellier v. France pkt. 51.

¹⁰⁹ Jf. Riccardi v. Romania pkt. 76.

«In the present case the domestic courts relied not only on the gravity of the charge against the applicant, but also on the public reaction. More concretely they found that it would have offended the public sense of justice if the applicant, who had been charged with rape and homicide of an eighty five year-old lady, had been released pending completion of the mental status examinations. The more so, because the applicant from the beginning had admitted to the crime committed.».¹¹⁰

Som det går fram av Riccardi-dommen og J.M.-dommen, er det ikkje tilstrekkeleg å generelt vise til kor alvorleg brotsverket er eller til omstendene rundt brotsverket, for å kunne grunngi fengsling med «public order». Dei nasjonale myndigheitene må vise at konkrete omstende rundt brotsverket vil føre til at allmennheita reagerer, at lauslating *vil* forstyrre «public order».

Eg har altså kome til at omsynet til «public order» berre kan rettferdiggjere vidare fengsling etter EMK art. 5, dersom det blir gjort ei konkret vurdering av om det ligg føre ein situasjon der offentleg orden faktisk vil bli forstyrra.

Spørsmålet blir då om den norske praktiseringa av rettshandhevingsarrest samsvarar med dei nemnte krava som EMD stiller i sin praksis i høve EMK art. 5.

Spørsmålet om strpl. § 172 var i strid med EMK, vart sett på spissen i orskurden i Rt. 2001 s. 940 (Orderud-saka). Det vart hevda at rettshandhevingsarrest ville stride med EMD sin praksis, då det etter norsk rett ikkje var naudsynt å vise at «public order» *faktisk* ville bli forstyrra dersom den mistenkte vart lauslatt. Kjæremålsutvalet var ikkje einige i at det gjaldt noko slikt krav:

«De aktuelle sakene viser at bruk av rettshåndhevelsesarrest ikke i seg selv er i strid med EMK. På den annen side er det ikke tilstrekkelig å begrunne rettshåndhevelsesarrest med at man står overfor en alvorlig forbrytelse. Det må vurderes konkret om det er tilstrekkelig grunn til å varetektsfengsle siktede...

¹¹⁰ Jf. J.M. v. Denmark pkt. 55, 61 og 62.

...

For EMD synes det som nevnt å ha vært avgjørende at de franske domstolene ikke hadde foretatt noen konkret vurdering om det var tilstrekkelig grunn til rettshåndhevelsesarrest i de aktuelle sakene, og ikke at det kreves noen «konkret og nærliggende fare for at eventuell løslatelse vil medføre en allmenn reaksjon».». ¹¹¹

Orskurden i Rt. 2001 s. 940 har nok ført til at norske domstolar har blitt meir varsame med bruk av rettshandhevingsarrest enn tidlegare. I orskurden i Rt. 2002 s. 842, vart det vist til denne og uttalt:

«Bestemmelsen må tolkes i lys av bestemmelsene i Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK). Etter EMK artikkel 5 nr. 3 må § 172 anvendes med stor varsomhet, jf. henvisningene i Rt-1996-1032 og Rt-2001-940 til menneskerettsdomstolens praksis.». ¹¹²

Kjæremålsutvalet har særleg understreka dette kravet til varsemd i saker som ligg utanfor kjerneområdet for føresegna ¹¹³ (sjå om kjerneområdet nedanfor i 4.1.4.2.1).

Høgsterett har rett i at fengsling av omsyn til rettshandhevinga i seg sjølv ikkje strir med EMK. Og både EMD og Høgsterett sitt ankeutval stiller strenge krav til konkretisering i grunngivinga av slik varetektsfengsling. Forskjellen på EMD si vurdering og den norske vurderinga synest etter ordlyden å vere at EMD krev at det må påvisast at dei konkrete momenta talar for at lauslating av den sikta *faktisk* vil medføre ein reaksjon i allmennheita, medan Ankeutvalet godtek at dei konkrete momenta talar for at dette er *eigna* til å skape slike reaksjonar. Den norske praktiseringa av strpl. § 172 er derfor vanskeleg å harmonisere med krava som EMD stiller opp i sin praksis. Eit krav om at føresegna må brukast med stor varsemd synest ikkje å bøte på dette.

¹¹¹ Jf. Rt 2001 s. 940 på s. 943 og 945.

¹¹² Jf. Rt 2002 s. 842 på s. 843. Jf. også Rt 2002 s. 85, Rt. 2002 s. 315, Rt. 2003 s. 974, Rt. 2004 s. 20, Rt. 2004 s. 354

¹¹³ Jf. Rt 2003 s. 974 og Rt. 2004 s. 354

Eg har etter dette kome til at både Høgsterett sitt ankeutval og EMD stiller krav til at det blir ei gjort ei konkret vurdering av om den føreliggjande situasjonen kan rettferdiggjere rettshandhevingsarrest, der det blir nemnt kva for konkrete moment som er av betydning for vurderinga, men at det synest å vere ein viss avstand mellom dei to domstolane sine krav i høve kva desse konkrete momenta må påvise. Det endelege svaret på om det ligg føre ein slik avstand, vil vi neppe få før EMD sjølv tek stilling til spørsmålet i ei norsk fengslings-sak.

Eg skal i pkt. 4.1.4.2.1 flg. gjere greie for ulike moment som er relevante i den (konkrete) heilskapsvurderinga av om den føreliggande situasjonen berettigar bruken av rettshandhevingsarrest. Eg tek utgangspunkt i dei momenta som Høgsterett sitt kjæremålsutval har lagt særleg vekt på i sin praksis, og vil trekke inn EMD sine presiseringar der dei er relevante.

4.4.2.1 Brotsverket sin art og grovheit – kjerneområdet for føresegna

Det er ikkje tilstrekkeleg for å grunngi bruk av § 172 at den sikta er mistenkt for eit grovt brotsverk (sjå ovanfor). Men kor alvorleg brotsverket er, er relevant for om rettshandhevingsarrest skal anvendast etter heilskapsvurderinga etter § 172,¹¹⁴ jf. t.d. drøftinga til Høgsterett sitt kjæremålsutval i Rt. 1995 s. 1073:

«Det dreier seg om en type forbrytelse av særlig samfunnsskadelig art, hvor de rettshåndhevelsessyn som straffeprosessloven § 172 bygger på, kommer inn med tyngde. Det forhold at A er dømt for er alvorlig – lagmannsretten har lagt til grunn at han i alle fall har oppbevart 46 gram heroin og solgt 40 gram av dette – og utvalget legger også vekt på at det dreier seg om narkotikaomsetning fra en klubb som domfelte drev.».¹¹⁵

Rettshandhevingsomsyna som ligg bak § 172 gjer seg altså gjeldande med større tyngde jo grovare brotsverk det er tale om.¹¹⁶ Då aukar sannsynet for ein reaksjon frå allmennheita. I forarbeida er det som døme uttalt at det skal meir til for å anvende rettshandhevingsarrest overfor ein som er mistenkt for brot på strl § 228 andre ledd andre straffealternativ, jf. § 232, enn overfor ein som er mistenkt for drap, då sistnemnte tilfelle nok oftare vil skape reaksjonar i allmennheita.¹¹⁷

Behovet for å anvende § 172 vil variere både innanfor og mellom dei ulike lovbrotskategoriane.¹¹⁸ I høve skilnaden mellom lovbrotskategoriane har ein i rettspraksis lagt til grunn at

¹¹⁴ Jf. også Rt. 1998 s. 1238, Rt. 1998 s. 2072, Rt. 2002 s. 252, Rt. 2004 s. 106, Rt. 2005 s. 1003 (Metanolsaka) og Rt. 2007 s. 84 (NOKAS).

¹¹⁵ Jf. Rt. 1995 s. 1073 på s. 1075.

¹¹⁶ Jf. også Rt. 1997 s. 923.

¹¹⁷ Jf. Ot. Prp.nr. 62 (2002-2003) s. 99.

¹¹⁸ Jf. for førstnemnde sonndring t.d. Rt. 1997 s. 923, for sistnemnde Rt. 2002 s. 315, Rt. 2002 s. 842, Rt. 2003 s. 974, Rt. 2004 s. 20 og Rt. 2004 s. 354.

føresegna har eit 'kjerneområde'. Utanfor dette kjerneområdet må paragrafen nyttast med særleg varsemd.¹¹⁹

I saker om brotsverk som ligg utanfor kjerneområdet til § 172, vil det bli stilt strengare krav til retten si grunngiving, jf. Rt 2003 s. 974 og Rt. 2004 s. 354:

«Når man som her er utenfor kjerneområdet for bestemmelsens anvendelse, er det særlig viktig at kjennelsesgrunnene klart viser at retten har foretatt den mer sammensatte vurdering av de konkrete forhold som lovgrunnlaget forutsetter.»¹²⁰

«Når det i rettspraksis er understreket at det har betydning hvorvidt saken gjelder straffbare forhold som ligger innenfor kjerneområdet for bestemmelsens anvendelsesområde, er dette også relatert til kravet til kjennelsesgrunnene. Det innebærer ikke at det er utelukket at bestemmelsen vil kunne anvendes i saker som gjelder grov narkotikakriminalitet. Men det må foretas en konkret og individuell vurdering.»¹²¹

Spørsmålet er så kva for lovbrod som er innanfor kjerneområdet, og kva for lovbrod som er utanfor.

Grove valds-, draps- og seksualbrottsverk har vore rekna for å vere innanfor kjerneområdet til føresegna.¹²² Kjæremålsutvalet har vore meir skeptisk til å anvende rettshandhevingsarrest i saker om grove narkotikabrottsverk, jf. t.d. orskurdane Rt. 2002 s. 315 og Rt. 2010 s. 889.¹²³

¹¹⁹ Jf. Rt. 2004 s. 354.

¹²⁰ Jf. Rt. 2003 s. 974 avs. 19.

¹²¹ Jf. Rt. 2004 s. 354 avs. 14. Jf. også Rt. 2004 s. 1216.

¹²² Jf. Rt. 2006 s. 1621 og Ot.prp.nr. 81 (1999-2000) s. 13.

¹²³ Jf. også Rt. 2005 s. 1167.

«Utvalget tilføyer at selv om § 172 også kan anvendes i saker etter straffeloven § 162 annet og tredje ledd, tilsier bestemmelsens bakgrunn og formål at den oftere får anvendelse ved vold- og sedelighetsforbrytelser.»¹²⁴

«Avgjørelsen beror på en helhetsvurdering, hvor det generelt skal mer til for å anvende bestemmelsen i narkotikasaker enn ved vold- og seksualforbrytelser. Men det er altså ikke utelukket å anvende bestemmelsen.»¹²⁵

I Rt. 2006 s. 1621 tok Kjæremålsutvalet stilling til om § 172 burde anvendast i ei sak om grov korrupsjon. Lagmannsretten hadde uttalt at «anvendelse av straffeprosessloven § 172 i økonomiske straffesaker ligger vesentlig lengre utenfor bestemmelsens kjerneområde enn det som er tilfelle ved anvendelse av samme bestemmelse i narkotikasaker.». Kjæremålsutvalet meinte at retten uttalte seg noko for sterkt om forskjellen mellom dei to sakstypene.

Eg legg etter dette til grunn at grove valds-, draps- og sedskapsbrotsverk ligg innanfor kjerneområdet til føresegna, medan grove korrupsjons- og narkotikabrotsverk ligg utanfor. I høve dei sistnemnte vil dei samfunnsmessige omsyna ikkje gjere seg gjeldande med same tyngde som dei førstnemnte; det er nok meir nærliggande at det at ein drapssikta går fri i påvente av hovudforhandling vil støyte allmennheita si rettskjensle og skape frykt enn at ein som er sikta for grov korrupsjon gjer det.

Som det går fram ovanfor i 4.1.1, stiller EMK art. 5 (1) c i utgangspunktet ikkje noko (betydeleg) krav til alvoret i brotsverket som den sikta er mistenkt for. Men EMD har lagt stor vekt på brotsverket sitt alvor i avgjerda av om brotsverket kan rettferdiggjere vidare fengsling når første ledd litra c blir lest i samanheng med tredje ledd i same artikkelen. Når det gjeld fengsling grunngitt i rettshandhevingsomsyn («public») order, kjem slik fengsling berre på tale dersom saka gjeld eit alvorleg straffbart forhold.¹²⁶ Men EMD har i fleire saker presisert at det at eit slikt forhold ligg føre, ikkje er *tilstrekkeleg* grunn til å fengsle.¹²⁷

¹²⁴ Jf. Rt. 2002 s. 315 på s. 317.

¹²⁵ Jf. Rt. 2010 s. 889 avs. 14.

¹²⁶ Jebens (2004) s. 172-173.

4.4.2.2 Medieomtale

Høgsterett sitt kjæremålsutval har i sin praksis lagt vekt på om at saka har fått merksemd i nærmiljøet og i media, jf. t.d. orskurden i Rt. 2005 s. 1167:

«... siktede 'er godt kjent i nærmiljøet hvor han bor. Dette er en liten kommune hvor nærmest alle kjenner alle. Saken har vært omtalt i lokalpressen og det vil støte allmennhetens rettsfølelse i nærmiljøet dersom siktede blir løslatt etter en så alvorlig dom.».¹²⁸

Om saka har fått medieomtale, vil såleis vere eit relevant moment i vurderinga av allmennheita sin reaksjon.¹²⁹ Men det er ikkje medieomtalen i seg sjølv som kan grunngi rettshandhevingsarrest. Vekta av dette momentet er ikkje først og fremst eit spørsmål om kva omtale saka har fått, men korleis allmennheita, herunder media, vil reagere på at den sikta er på frifot.¹³⁰

Det er vel grunn til å tru at EMD også vil godta medieomtale av saka som ei relevant omstende, då denne kan seie noko om og korleis allmennheita vil reagere på ei eventuell lauslating av den sikta.

4.4.2.3 Mistanke om andre straffbare handlingar

Eit spørsmål som har oppstått i praksis er om det kan leggjast vekt på mistanke om andre straffbare handlingar i saka enn det som er grunnlaget for fengslinga etter § 172.

I orskurden i Rt. 1995 s. 406 måtte Høgsterett sitt kjæremålsutval ta stilling til om det kunne leggjast vekt på andre straffbare omstende i saka, sjølv om det kvalifiserte mistankekrauet ikkje var oppfylt i høve desse. Lagmannsretten hadde vist til at «ytterligere forhold er kommet opp», og Kjæremålsutvalet uttalte:

¹²⁷ Jf. t.d. Letellier v. France pkt. 51.

¹²⁸ Jf. Rt. 2005 s. 1167 avs. 18.

¹²⁹ Jf. Rt. 2003 s. 974, Rt. 2005 s. 1167 og Rt. 2006 s. 1621.

¹³⁰ Jf. Rt. 2006 s. 1621.

«Utvalget finner at det ikke er noen feil tolkning av straffeprosessloven § 172 at det ved den skjønnsmessige vurdering også legges vekt på at det foreligger skjellig grunn til mistanke om lignende forhold, selv om kravet til kvalifisert mistanke her ikke er oppfylt.».¹³¹

Dette vart også lagt til grunn i Rt. 1996 s. 1072, der Kjæremålsutvalet viste til Rt. 1995 s. 406 og la til grunn at det klart måtte vere adgang til å legge vekt på «alvoret i den øvrige siktelse» som gjaldt to grove narkotikabrotsverk og eitt heleri.¹³² I Rt. 1999 s. 116 uttalte utvalet at det var korrekt lovtolking av lagmannsretten å legge vekt på «det objektive, at saken gjelder et stort parti heroin», og la vekt på at desse omstendene tilsvare forhold med ei strafferamme som var tilstrekkeleg til å grunngi rettshandhevingsarrest.¹³³

Sjølv om Kjæremålsutvalet i Rt. 1996 s. 1072 godtok at lagmannsretten også hadde lagt vekt på eit heleri, eit forhold med ei utilstrekkeleg strafferamme i høve § 172, synest det i Rt. 1999 s. 116 å forutsette at slike andre forhold må oppfylle dette strafferammevilkåret. Spørsmålet er om dei andre straffbare forholda ein kan legge vekt på må oppfylle strafferammekravet i § 172.

I forarbeida til endringslova i 2001, uttalte departementet at straffverdigeita av handlinga sett under eitt måtte vere det avgjerande for vurderinga av om eit brotsverk skal skulle omfattast av straffeprosesslova § 172 eller ikkje.¹³⁴ I Rt. 2006 s. 1621 avviste Kjæremålsutvalet at departementet her hadde meint å ytre seg i høve spørsmålet om det ved vurderinga av om § 172 skal anvendast også kan leggjast vekt på lovbroten med så lav strafferamme at § 172 ikkje kjem til anvending.¹³⁵ Utvalet la til grunn:

¹³¹ Jf. Rt. 1995 s. 406 på s. 408.

¹³² Jf. Rt. 1996 s. 1072 på s. 1073.

¹³³ Jf. Rt. 1999 s. 116 på s. 117 og 118.

¹³⁴ Jf. Ot.prp.nr. 81 (1999-2000) s. 18.

¹³⁵ Rt. 2006 s. 1621.

«... at det bare er siktelsen for grov korrupsjon som kan begrunne anvendelsen av § 172. Etter utvalgets vurdering var det da riktig når lagmannsretten da utelukkende vurderte fengsling etter § 172 med utgangspunkt i denne del av siktelsen. Denne bestemmelsen skal anvendes med forsiktighet, og anvendelsesområdet kunne bli utvidet dersom hele saken var relevant ved vurderingen.».¹³⁶

Rettstilstanden i høve dette spørsmålet synest i dag å vere nokolunde klar. Retten kan i si vurdering om rettshandhevingsarrest skal kome til anvending, legge vekt på at det er skjeellig grunn til mistanke om andre brotsverk, så lenge desse oppfyller strafferammekravet i § 172.

4.4.2.4 Det er gitt dom for lengre ubetinga fengselsstraff

Når ein sikta har blitt dømt i første instans, og blitt gitt dom for ei lengre ubetinga fengselsstraff, oppstår spørsmålet om ein kan leggje vekt på dette faktumet i heilskapsvurderinga.

Høgsterett sitt kjæremålsutval har vurdert det som uheldig at ein som har blitt idømt ei lengre ubetinga fengselsstraff, blir lauslaten for deretter å bli sett inn att til soning, jf. Rt. 1974 s. 1262 og Rt. 1995 s. 1073:

«Den domfelte bør helst gå over på soning direkte fra varetektsarresten. Det gjelder desto mer i dette tilfelle hvor domfellelsen gjelder ransforbrytelse, og det er gitt forholdsvis lang frihetsstraff. De hensyn som ligger bak regelen i straffeprosesslovens § 228 a, gjør at løslatelse ikke bør skje med mindre det foreligger helt spesielle forhold. Det kan ikke sies å være tilfelle her.»¹³⁷

«Etter utvalgets syn er det forhold at det dreier seg om fortsatt varetektsfengsling etter at fellende dom foreligger, et moment av vekt ved vurderingen av om § 172 bør anvendes.».¹³⁸

¹³⁶ Rt. 2006 s. 1621 avs. 29

¹³⁷ Jf. Rt. 1974 s. 1262 på s. 1263.

¹³⁸ Jf. Rt. 1995 s. 1073 på s. 1075.

I orskurden i Rt. 1998 s. 674 la Kjæremålsutvalet til grunn at dette vil kunne vere eit «vesentlig moment» i vurderinga i ei slik fengslingssak:

«Men dette er ikke – uten hensyn til de øvrige omstendigheter i saken – ubetinget avgjørende for fengslingsspørsmålet».¹³⁹

Også i slike tilfelle må spørsmålet om fortsatt varetektsfengsling avgjerast etter ei konkret vurdering.¹⁴⁰

Ein dom for ei lengre ubetinga fengselsstraff i første instans er altså eit vesentleg moment i heilskapsvurderinga etter § 172, men det er ikkje naudsynsvis avgjerande.

Fridomsinngrep basert på domfellingar er regulert i EMK art. 5 (1) litra a. Art. 5 (1) litra c gjeld berre fram til dom er avsagt i første instans, og art. 5 (3) kjem berre til anvending i høve lita c.¹⁴¹

4.4.2.5 Betydinga av at andre fengslingsgrunnar også gjer seg gjeldande

Det er etter strpl. § 172 ikkje noko vilkår for å kunne anvende rettshandhevingsarrest at nokon av dei særlege pågriping-/fengslingsvilkåra i § 171 ligg føre. Dette går uttrykkjeleg fram av presiseringa «selv om vilkårene i § 171 ikke er oppfylt.» i § 172 første punktum. Det vart også lagt til grunn av Høgsterett sitt kjæremålsutval i orskurden i Rt. 1998 s. 1244, der det vart hevda at det «'må elementer av de spesielle fengslingsvilkår' i § 171» til for å kunne grunngi fengsling etter § 172.¹⁴²

Spørsmålet er om det kan leggjast vekt på at slike særlege fengslingsgrunnar ligg føre i heilskapsvurderinga etter § 172.

¹³⁹ Jf. Rt. 1998 s. 674 på s. 676. Jf. også Rt. 2000 s. 1664.

¹⁴⁰ Jf. Rt. 1999 s. 2001.

¹⁴¹ Jf. Wemhoff v. Germany pkt. 9 og B v. Austria pkt. 36.

¹⁴² Jf. Rt. 1998 s. 1244 på s. 1245. Jf. også Rt. 2010 s. 889.

Høgsterett sitt kjæremålsutval svara bekreftande på dette spørsmålet i høve unndragingsfare i orskurden i Rt. 1998 s. 1222:

«Utvalget er således enig i at unndragelsesfare som den lagmannsretten peker på, kan være et relevant hensyn ved anvendelsen av § 172...».¹⁴³

I Rt. 2010 s. 889 vart også fare for bevisforspel akseptert som eit relevant moment i vurderinga:

«Ankeutvalget legger etter dette til grunn at det også er relevant, slik lagmannsretten har gjort, å legge vekt på en eventuell fare for bevisforspillelse ved den helhetsvurderingen som skal foretas.».¹⁴⁴

Eg legg til grunn at fare for unndraging og bevisforspel er relevante moment i heilskapsvurderinga etter § 172.

Når EMD tek stilling til om ei fengsling er i samsvar med EMK art. 5, viser den ofte til fleire fengslingsgrunnar samla. I Toth-dommen viste domstolen både til fare for bevisforspel, gjentakingsfare og rettshandhevingsomsyn. Sjølv om ingen av desse grunnane i seg sjølv syntest å kunne rettferdiggjere fengsling, var dei «in sum» tilstrekkelege.¹⁴⁵

4.4.2.6 Andre moment

Opplistinga ovanfor er ikkje uttømande. Ankeutvalet har t.d. også lagt vekt på kor lenge den sikta har vore på frifot før fengslingskravet blir framsett, om den sikta har gjort seg skuldig i nye lovbrott etter at saka oppstod og omsynet til dei fornærma i saka,¹⁴⁶ samt om den sikta er tidlegare domfelt.¹⁴⁷ Og i forarbeida til § 172 andre punktum vart det bl.a. framheva at mistanken sin styrke (herunder om den mistenkte har blitt dømt i første instans,

¹⁴³ Jf. Rt. 1998 s. 1222 på s. 1224. Jf. også Rt. 1998 s. 2072, Rt. 1999 s. 116 og Rt. 2010 s. 889.

¹⁴⁴ Jf. Rt. 2010 s. 889 avs. 16.

¹⁴⁵ Jf. Toth v. Austria pkt. 73 og Jebens (2004) s. 172.

¹⁴⁶ Jf. Rt. 2005 s. 1656.

¹⁴⁷ Jf. Rt. 2011 s. 1724.

dersom han har anka), konkrete omstende i tilknytning til den straffbare handlinga (t.d. om den vart gjort i ein naudverjeliknande situasjon) og individuelle forhold ved gjerningspersonen, vil vere relevante omsyn.¹⁴⁸ Felles for alle momenta er at dei vil vere av betydning for korleis allmennheita opplev brotsverket, og dei vil såleis seie noko om det kan ventast ein reaksjon frå denne dersom den sikta blir lauslatt. Momenta vil derfor truleg verte akseptert av EMD som relevante i høve vurderinga av om «public order» vil bli forstyrra ved ei eventuell lauslating.

4.4.2.7 Samanfating

Det er altså ei lang rekke moment som er relevante i vurderinga av om den konkrete saka er eigna til å skape dei reaksjonane som regelen om rettshandhevingsarrest skal motverke, og oppstillinga ovanfor er ikkje uttømande. Mange av desse momenta er også relevante for samhøvevurderinga etter strpl. § 170 a og EMK art. 5 (3), men det er likevel to forskjellige vurderingar som skal gjerast.¹⁴⁹

I praksis har heilskapsvurderinga etter § 172 og samhøvevurderinga etter 170a og EMK art. 5 (3) hatt ein tendens til å gli over i kvarandre. Høgsterett har sagt at det avgjerande er om den ovanfor skisserte vurderinga har blitt gjort, ikkje kva føresegn den er knytt til.¹⁵⁰

Sjølv om ein etter heilskapsvurderinga kjem til at ei eventuell lauslating er eigna til å skape ei kjensle av utryggheit og manglande tillit til samfunnet si rettshandheving, kan rettshandhevingsarrest ikkje anvendast dersom den ikkje vil vere eit samhøveleg inngrep overfor den sikta. Men ved vurderinga av om fengslinga er samhøveleg i det konkrete tilfelle, vil det kunne ha betydning om saka er av ein slik karakter at den kvalifiserer til bruk av rettshandhevingsarrest; jo grovare brotsverk det er tale om, og jo strengare straff den mistenkte kan rekne med å få, jo lettare vil ei lauslating kunne føre til ein allmenn reaksjon, og desto meir

¹⁴⁸ Jf. Ot.prp.nr. 62 (2002-2003) s. 99.

¹⁴⁹ Jf. Ot.prp.nr. 62 (2002-2003) s. 100.

¹⁵⁰ Jf. Rt. 2000 s. 1136 og Rt. 2001 s. 940.

skal det til før fengslinga ikkje er eit samhøveleg inngrep.¹⁵¹ Samhøvevurderinga skal eg gjere greie for i avsnitt 5 nedanfor.

Eg går no vidare til å sjå på det fjerde og siste grunnvilkåret, at føremålet med fengslinga ikkje kan realiserast ved mindre inngripande tiltak.

¹⁵¹ Jf. Ot.prp.nr. 62 (2002-2003) s. 100.

4.5 Føremålet med fengslinga må ikkje kunne realiserast ved mindre inngripande tiltak

Etter strpl. § 184 andre ledd er det eit grunnleggjande vilkår for å kunne treffe avgjerd om fengsling etter §§ 171, 172 eller 173 at «formålet ikke kan oppnås ved tiltak etter § 188». Paragraf 188 seier at retten i staden for fengsling kan treffe avgjerd om «forføyning som nevnt i § 181, eller om sikkerhetsstillelse ved kausjon, deponering eller pantsettelse». Forføyningane som det er tale om i § 181 er t.d. framstillingsplikt for politiet og opphaldsforbod på visse stadar. Også EMK art. 5 (3) andre punktum seier at lauslating kan gjerast under føresetnad at den sikta stiller garantiar for at han møter til hovudforhandlinga. Desse føresegnene gir uttrykk for det såkalla «minstemiddelkravet».

Det ligg i rettshandhevingsarresten sin natur at slike forføyningar ikkje kan avhjelpe føremålet med fengslinga. Det er det at vedkomande «går fri» som er problemet.

5 Samhøvevurderinga: den relative grensa for rettshandhevingsarrest

I dette avsnittet skal eg gjere greie for dei relative grensene for å kunne ta i bruk rettshandhevingsarrest, vurderinga av om fengsling i det enkelte tilfelle vil vere samhøveleg. Kravet til samhøvevurdering går av straffeprosesslova fram av § 170 a. EMK sine krav går fram av EMD sine tolkingar i høve EMK art. 5 (3), som gir den sikta rett til «trial within a reasonable time or to release pending trial». Felles for dei to vurderingane er at samfunnet sitt inngrepsbehov må vurderast opp mot inngrepsintensiteten overfor den sikta.

Det må gå fram av grunngivinga at retten har vurdert om fengsling vil vere eit samhøveleg inngrep, jf. strpl. § 184 andre ledd fjerde punktum. Høgsterett sitt ankeutval har uttalt at i saker der samhøvevurderinga er det sentrale spørsmålet, må retten drøfte denne direkte, det er ikkje tilstrekkeleg å vise til ei tidlegare fengslingsavgjerd.¹⁵² Dette skal sikre at det blir gjort ei «oppdatert og reell» samhøvevurdering og om fortsatt fengsling er i samsvar med EMK art. 5.¹⁵³

5.1 Kravet om at fengslinga må vere eit samhøveleg inngrep

Fengsling med heimel i strpl. §§ 184, jf. § 172 er eit særskilt alvorleg inngrep i borgaren sin rett til personleg fridom, og er ikkje obligatorisk.¹⁵⁴ Når grunnvilkåra for å ta i bruk denne føresegna er oppfylt, vil vi berre vite at det er *adgang* til å fengsle, jf. «kan», ikkje om varetekt skal brukast i den konkrete saka. Dette finn vi først ut etter ei avveging mellom den sikta sine interesser i å vere fri og dei samfunnsmessige interessene som rettshandhevingsarrest kviler på.

¹⁵² Jf. Rt. 2009 s. 472 og Rt. 2009 s. 660.

¹⁵³ Jf. Rt. 2009 s. 660, jf. Bykov v. Russia pkt. 65.

¹⁵⁴ Jf. Rt. 1999 s. 2102.

Straffeprosesslova sine retningslinjer for interesseavveginga som skal gjerast når det blir teke stilling til om rettshandhevingsarrest kan brukast i eit konkret tilfelle, finn vi i § 170 a, som lyd:

«Et tvangsmiddel kan brukes bare når det er tilstrekkelig grunn til det. Tvangsmidlet kan ikke brukes når det etter sakens art og forholdene ellers ville være et uforholdsmessig inngrep.».

Paragraf 170 a vart lagt til i straffeprosesslova i 1999. Ordlyden i føreseгна er i det vesentlege lik den i dei tidlegare §§ 174 og 240. Rettspraksis frå desse føresegnene vil derfor vere relevant i høve § 170 a.¹⁵⁵

Ordlyden i § 170 a gir lite vegleiing, og vi må derfor sjå nærare på korleis denne avveginga skal skje og kva for moment som er relevante.

Første punktum krev at tvangsmiddel berre skal brukast når det er «tilstrekkelig grunn til det». Ifølge forarbeida til føreseгна vil spørsmålet om tvangsmidlet vil vere eit samhøveleg inngrep vere eit sentralt moment ved denne vurderinga.¹⁵⁶ Dersom inngrepet er samhøveleg, vil som regel vilkåret om tilstrekkeleg grunn vere oppfylt.¹⁵⁷ Eg vil ikkje gå nærare inn på «tilstrekkelig grunn»-kravet i det følgjande.

Andre punktum i § 170 a gir uttrykk for det generelle straffeprosessuelle prinsippet om at inngrep må vere samhøvelege.¹⁵⁸ Det går fram av forarbeida til føreseгна at dette prinsippet er ein minimumsregel, og at det har betyding både for spørsmålet om eit tvangsmiddel kan brukast og for spørsmålet om kor lenge det kan brukast.¹⁵⁹ Temaet for vurderinga er

¹⁵⁵ Jf. Ot.prp.nr. 64 (1998-1999) s. 128.

¹⁵⁶ Jf. Ot.prp.nr. 64 (1998-1999) s. 17.

¹⁵⁷ Jf. Ot.prp.nr. 64 (1998-1999) s. 127 og Rt. 1988 s. 358.

¹⁵⁸ Jf. Bjerke (2011) s. 611.

¹⁵⁹ Jf. Ot.prp.nr. 64 (1998-1999) s. 128.

om inngrepet etter «sakens art og forholdene ellers» er samhøveleg.¹⁶⁰ Det er ei ei totalvurdering som skal gjerast, der mange moment har betydning (sjå nedanfor i pkt. 5.1.1 flg.).¹⁶¹

Når EMD tek stilling til om fengslinga er samhøveleg etter EMK art. 5 (3), er vurderingstemaet om fengslingstida er rimeleg («the reasonableness of the length of detention»). For at den skal vere det, må statane heile tida kunne vise at samfunnet sitt behov for å fengsle veg tyngre enn den sikta si interesse i fridom:

«It falls in the first place to the national judicial authorities to ensure that, in a given case, the pre-trial detention of an accused person does not exceed a reasonable time. To this end they must examine all the facts arguing for or against the existence of a genuine requirement of public interest justifying, with due regard to the principle of the presumption of innocence, a departure from the rule of respect for individual liberty and set them out in their decisions...».¹⁶²

Den relevante perioden for rimeleg tid-vurderinga i art. 5 (3) er tida mellom pågripinga fram til dom i første instans: Etter dom i første instans er det berre den generelle regelen i art. 6 (1) første punktum (kravet om at siktinga blir avgjort «within a reasonable time») som gjer seg gjeldande, den gjeld frå siktinga og heilt fram til rettskraftig dom er avsagt.¹⁶³ Etter dom er avsagt i første instans er det nemleg art. 5 (1) litra a som er grunnlaget for fengslinga, ikkje litra c, og art. 5 (3) kjem berre til anvending i høve litra c.¹⁶⁴ Art. 6 vil ikkje bli drøfta her, men EMD sin praksis om art. 5 (3) vil også vere relevante for tolkinga av art. 6 (1).¹⁶⁵

¹⁶⁰ Jf. Bjerke (2011) s. 611.

¹⁶¹ Jf. Rt. 2000 s. 1713.

¹⁶² Jf. Letellier v. France pkt. 35. Jf. også Neumeister v. Austria pkt. 5.

¹⁶³ Jf. Wemhoff v. Germany pkt. 9. Jf. Rt. 1996 s. 999, Rt. 1998 s. 1212, Rt. 2000 s. 1319, Rt. 2001 s. 940, Rt. 2004 s. 20, Rt. 2004 s. 106, Rt. 2009 s. 472 og Rt. 2010 s. 889. Jf. også Aall (2011) s. 342-343 og 413.

¹⁶⁴ Jf. Wemhoff v. Germany pkt. 9 og B v. Austria pkt. 36.

¹⁶⁵ Jf. Rt. 2001 s. 940.

EMD har uttalt at grunnvilkåra i EMK art. 5 (1) litra c er absolutte vilkår for pågriping og fengsling, og at det at desse ligg føre kan rettferdiggjere fengsling i initialfasen. Men etter ei viss tid blir det kravd at statane må kunne vise til andre grunnar for fengsling for at fengslingstida skal vere rimeleg, og desse må vere «relevant» og «sufficient» (sjå ovanfor i pkt. 4.4). Dersom det ligg føre slike grunnar, tek domstolen stilling til om staten har vist «special diligence» i handsaminga av saka (sjå nedanfor i pkt. 5.2).

At rettshandhevingsomsyn er relevante fengslingsgrunnar har vi sett ovanfor. Der har vi også slått fast at dei *kan* vere tilstrekkelege. Om dei *er* det, vil avhenge av ei heilskapsvurdering.¹⁶⁶ I denne vil EMD vurdere om det relevante samfunnsbehovet for fengsling er sterkt nok til å kunne vege opp for fridomsinteressa til den sikta og retten hans til å bli rekna som uskuldig fram til det motsette er bevist (jf. EMK art. 6 (2)). Sidan EMD vurderer relevant- og tilstrekkeleg-kriteria samla, og sidan det blir kravd særst sterke samfunnsmessige omsyn for at rettshandhevingsarrest i det heile tatt skal vere eit relevant fengslingsgrunnlag, vil momenta som talar for at rettshandhevingsomsyn skal vere relevant og for at dei skal vere tilstrekkelege i stor grad smelte saman.

Det skal altså etter både strpl. § 170 a og EMK art. 5 (3) gjerast ei totalvurdering av om fengslinga i den konkrete saka er samhøveleg. I denne vurderinga vil ei rekke moment vere relevante. Desse skal det gjerast greie for i det følgjande, og kva betyding dei får for samhøvevurderinga etter straffeprosesslova § 172. Det vil i hovudsak vere dei same momenta som blir tillagt vekt i høve dei andre fengslingsgrunnane. Eg tek utgangspunkt i dei momenta som Høgsterett sitt kjæremålsutval har lagt særleg vekt på i sin praksis, og vil trekke inn EMD sine presiseringar der dei er relevante.

¹⁶⁶ Jf. Jebens (2004) s. 172.

5.1.1 Varetektstida si lengd

I samhøvevurderinga vil tida den sikta har site i varetekt, vere eit moment av betyding, anten dette har skjedd med heimel i strpl §§ 171 eller 172.¹⁶⁷ Lengda av den samla varetektstida må tilleggjast vekt i vurderinga: jo lengre det er tale om å fengsle nokon, jo sterkare er inngrepet overfor den sikta.

Om fengslinga er samhøveleg, skal i utgangspunktet vurderast opp mot den fengslingsperioden som er kravd.¹⁶⁸ Dersom påtalemakta tek sikte på å varetektsfengsle den sikta fram til hovudforhandlinga, eller dersom det er grunn til å tru at den vil gjere det, er det tida fram til denne som må leggjast til grunn i samhøvevurderinga.¹⁶⁹ Når fengslingsgrunnlaget er strpl. § 172, er det sannsynleg at dette grunnlaget vil bli gjort gjeldande fram til hovudforhandlinga, særleg dersom det er tale om ei ankeforhandling og det ligg føre fellande dom.¹⁷⁰ Dersom hovudforhandlinga ikkje er tidfesta, må det tidspunktet når retten reknar det sannsynlig at hovudforhandling tidlegast kan finne stad, leggjast til grunn.¹⁷¹ Dersom retten kjem til at fengsling i dette lengre tidsperspektivet ikkje vil vere berettiga, må den vurdere om det er forhold som tilseier fortsatt varetektsfengsling i eit nærare avgrensa tidsrom.¹⁷²

Kravet til grunngevinga av rettshandhevingsarrest vil som nemnt ovanfor bli strengare med tida.¹⁷³ Men rettshandhevingsarrest kan kome på tale sjølv over sær lange periodar, jf. t.d. Rt. 1998 s. 2072, der ein domfelt hadde vore varetektsfengsla i over to år:

«I betraktning av de særlig grove og samfunnsskadelige forbrytelser saken gjelder, kan utvalget ikke se at tidsforløpet i seg selv taler på avgjørende måte mot fortsatt

¹⁶⁷ Jf. bl.a. Rt. 1998 s. 674, Rt. 1998 s. 2072, Rt. 1999 s. 2102, Rt. 2000 s. 1136, Rt. 2000 s. 1664, Rt. 2000 s. 1905 og Rt. 2004 s. 106.

¹⁶⁸ Jf. Øyen (2010) s. 246.

¹⁶⁹ Jf. Rt. 1999 s. 1204, Rt. 2004 s. 881 og Rt. 2007 s. 742.

¹⁷⁰ Jf. Rt. 2004 s. 881 og Øyen (2010) s. 247.

¹⁷¹ Jf. Rt. 1999 s. 1204 og Rt. 2007 s. 742.

¹⁷² Jf. Rt. 1999 s. 1204.

¹⁷³ Jf. Rt. 2010 s. 889.

varetektsfengsling etter byrettens fellende dom, dersom ankesaken vil kunne berammes for lagmannsretten innenfor en tidsramme som ikke markert avviker fra den ordinære...». ¹⁷⁴

Forholdet mellom lengda på varetektsfengslinga og den forventta straffa, vil ha stor betydning i samhøvevurderinga. ¹⁷⁵ Ei problemstilling som kan oppstå ved sær langvarige varetektsfengslingar, er nemleg fare for oversoning. Dersom ein sikta t.d. har blitt dømt til fengselsstraff og ankar denne dommen, kan han risikere at fengslingstida byrjar å nærme seg den fengselsstraffa han har blitt idømt. Ifølgje Ankeutvalet sin praksis er slik fare for oversoning eit sentralt moment i samhøvevurderinga, og i denne vurderinga må det også takast omsyn til reglane om prøvelauslating; men at tida for ordinær prøvelauslating nærmar seg er ikkje i seg sjølv eit avgjerande moment. ¹⁷⁶ Regelen i strpl. § 187 andre ledd andre punktum om at den sikta straks skal lauslatast dersom straffa er sona ved varetektsfengsel, kjem berre til anvending dersom heile fengselsstraffa (utan at det blir teke omsyn til reglane om prøvelauslating) er sona ved varetekt. ¹⁷⁷

Fengslingstida si lengde er eit sentralt moment i EMD si vurdering av om ei fengsling er berettiga etter EMK art. 5 (3). ¹⁷⁸ Det er jo lengda av denne som må vere «reasonable», og fortsatt fengsling vil bli rekna for å vere meir urimeleg jo lengre den varer. ¹⁷⁹ EMD har slått fast at det ikkje gjeld noka fastsatt tidsramme for fengsling etter art. 5 (3), der er (teoretisk sett) inga maksimumsgrense for kor lenge ei fengsling kan vere berettiga. ¹⁸⁰ Men

¹⁷⁴ Jf. Rt. 1998 s. 2072 på s. 2074.

¹⁷⁵ Jf. Øyen (2010) s. 246 og Bjerke (2011) s. 611.

¹⁷⁶ Jf. Rt. 2001 s. 1319.

¹⁷⁷ Jf. Rt. 2001 s. 1319.

¹⁷⁸ Jf. Jebens (2004) s. 222.

¹⁷⁹ Jf. Jebens (2004) s. 222.

¹⁸⁰ Jf. W v. Switzerland pkt. 30, McKay v. The United Kingdom pkt. 45 og Hendriks v. The Netherlands. Jf. også Rt. 2010 s. 889.

staten må på eit kvart tidspunkt kunne vise at fengslingsgrunnane er relevante og tilstrekkelege, og omsynet til «public order» vil som regel få redusert vekt etter kvart som tida går.¹⁸¹

5.1.2 Siktinga sitt alvor

Kor alvorleg saka er, er eit sentralt moment i samhøvevurderinga.¹⁸² Fengsling vil lettare vere samhøveleg dersom vedkomande er sikta for eit særskilt grovt brotsverk, t.d. drap, enn dersom han er sikta for eit mindre alvorleg brotsverk.

Sidan fengslingsheimelen i § 172 og EMD sin praksis i utgangspunktet stiller særskilte strenge krav til kor alvorleg brotsverket må vere for at rettshandhevingsarrest i det heile tatt kan anvendast, vil dette momentet regelmessig tale for at slik fengsling er samhøveleg. Retten har allereie slått fast at brotsverket er eigna til å støte allmennheita si rettskjensle eller skape frykt - forstyrre «public order» - dersom den mistenkte ikkje blir fengsla. Men jo grovare brotsverk det er tale om (utover minstekravet), jo tyngre vil dette momentet vege i samhøvevurderinga.

5.1.3 Mistanken sin styrke

Mistanken sin styrke, kor godt grunngitt mistanken er, vil vere relevant i samhøvevurderinga.¹⁸³

Sidan mistankekravet i § 172 er særleg strengt, nesten like strengt som for domfelling, vil det sjeldan vere snakk om eit «overskot»¹⁸⁴ i høve dette, men at denne kvalifiserte mistanken ligg føre vil vere eit moment som trekk i retning av at inngrepet er samhøveleg.

EMK art. 5 inneheld i utgangspunktet ikkje noko strengt mistankekrav (sjå ovanfor i pkt. 4.2). Men kor sterk mistanken er i det konkrete tilfellet vil vere av betydning i samhøvevurderinga.¹⁸⁵

¹⁸¹ Jf. Hendriks v. The Netherlands.

¹⁸² Jf. Rt. 2000 s. 1713, Øyen (2010) s. 246 og Bjerke (2011) s. 611.

¹⁸³ Jf. Rt. 2000 s. 1713, Øyen (2010) s. 246 og Bjerke (2011) s. 611.

¹⁸⁴ Jf. Bjerke (2011) s. 611.

5.1.4 Den sikta sine personlege forhold: Fengslinga si betyding for den sikta

I samhøvevurderinga om fengsling kan anvendast, skal det etter Høgsterett sitt ankeutval sin praksis takast omsyn til den sikta sine personlege forhold, kor stor belastning fengslinga vil vere for vedkomande.¹⁸⁶ Dette vil også vere relevante forhold i EMD si vurdering.¹⁸⁷ Fengsling vil alltid vere eit sterkt og tyngande inngrep overfor individet, men den enkelte sine personlege forhold vil kunne gjere inngrepet særleg belastande.

Av forhold som det blir lagt vekt på kan nemnast den sikta sin alder.¹⁸⁸ Dette har også kome til uttrykk i strpl. § 174, som seier at personar under 18 år ikkje bør pågripast (og fengsling er eit sterkare inngrep enn pågriping) dersom det ikkje er «særleg påkrevd», og i FN sin barnekonvensjon art. 37 litra b som seier at fengsling av barn (under 18 år, jf. art. 1) berre skal skje «as a measure of last resort and for the shortest appropriate period of time». Det er rimeleg å tru at varetektsfengsling vil kunne opplevast særleg tyngande for unge personar. Også særleg høg alder vil det vere relevant å leggje vekt på i vurderinga.¹⁸⁹

Vidare vil eventuell sjukdom vere eit relevant moment.¹⁹⁰ Ikkje berre fysisk sjukdom, men psykisk helse, vil vere relevant.¹⁹¹ Eit varetektsopphald vil sjølvsagt vere eit ekstra tungt inngrep overfor ein som er sjuk.

Arbeids- og studiesituasjonen til den sikta vil også vere eit relevant moment.¹⁹² Dersom den sikta sin i varetekt, vil avbrot i høve arbeid eller skule kunne medføre praktiske og økonomiske problem når han sit fengsla og i framtida.

¹⁸⁵ Jf. *Kemmache v. France* pkt. 50.

¹⁸⁶ Jf. Rt. 2000 s. 1713 og Bjerke (2011) s. 611.

¹⁸⁷ Jf. *Jebens* (2004) s. 220-221.

¹⁸⁸ Jf. Bjerke (2011) s. 612.

¹⁸⁹ Jf. *Andersen* (1984) s. 80.

¹⁹⁰ Jf. Rt. 1995 s. 1073, *Andersen* (1984) s. 81, *Øyen* (2010) s. 246 og Bjerke (2011) s. 612.

¹⁹¹ Jf. Rt. 1999 s. 1167

¹⁹² Jf. *Øyen* (2010) s. 246, *Andersen* (1984) s. 81 og Bjerke (2011) s. 612.

Det skal også takast omsyn til eventuelle tredjepersonar som fengslinga har betyding for.¹⁹³
Fengsling vil t.d. kunne skape problem for den sikta sin familie eller andre han har ansvar for.¹⁹⁴

5.1.5 Samanfetting

I samhøvevurderinga etter § 170 a og EMK art. 5 (3) skal det altså særleg leggjast vekt på fengslingstida si lengde, siktinga sitt alvor, mistanken sin styrke og fengslinga si betyding for den sikta. Lista ovanfor er neppe uttømande, men den gir uttrykk for dei mest sentrale momenta frå rettspraksisen i høve samhøvevurderingane. Høgsterett sitt ankeutval har lagt til grunn at det er nokolunde samanfall mellom dei momenta som er relevante etter dei to føresegnene;¹⁹⁵ om vurderinga er gjort direkte i forhold til EMK art. 5 (3) eller er knytt opp mot strpl. § 170 a, er ikkje avgjerande så lenge dei relevante momenta er vurderte.¹⁹⁶

Som nemnt ovanfor er det ei totalvurdering som skal gjerast. Dei relevante momenta kan gjere seg gjeldande med forskjellig tyngde og trekkje i forskjellige retningar.

¹⁹³ Jf. Bjerke (2011) s. 612.

¹⁹⁴ Jf. Rt. 1995 s. 1073, Rt. 1997 s. 923, Bjerke (2011) s. 613, Andorsen (1984) s. 81 og Øyen (2010) s. 246.

¹⁹⁵ Jf. Rt. 2009 s. 472.

¹⁹⁶ Jf. Rt. 2000 s. 1662 og Rt. 2001 s. 1084.

5.2 Kravet til aktsam sakshandsaming – framdrifta i saka

Dersom EMD kjem til at det ligg føre relevante og tilstrekkelege fengslingsgrunnar, vil den vidare vurdere om dei nasjonale myndigheitene har vist «special diligence» (tilstrekkeleg aktsemd) i handsaminga av saka.¹⁹⁷ Dette er forklart med at når ein mistenkt er fengsla, så har han krav på at saka hans blir prioritert og at sakshandsaminga ikkje trekk ut.¹⁹⁸ Dersom dette ikkje er tilfelle, må retten lauslate den fengsla.

Det er ei rekke moment som vil vere relevante i vurderinga av om myndigheitene har vist tilstrekkeleg aktsemd i sakshandsaminga. EMD har uttalt at hurtigheita i sakshandsaminga må vegast mot omsynet til ei grundig og forsvarleg sakshandsaming.¹⁹⁹ Domstolen har vidare lagt vekt på at det må det takast høgde for saka sin kompleksitet,²⁰⁰ og om den mistenkte ved sin eigen åtferd har bidrege til at prosessen har trekt ut.²⁰¹ Ineffektivitet i prosess-systemet i høve etterforskinga eller hovudforhandlinga er ikkje ein relevant forsinkingsgrunn, staten har ansvaret for at dette fungerer effektivt og føremålstenleg.²⁰²

Eit krav til framdrifta i saka, kjem også til uttrykk i strpl. § 185 sjette ledd, som seier at retten skal lauslate den sikta dersom den finn at «etterforskingen ikke fremmes med tilstrekkelig hurtighet, og at fortsatt varetekt ikke er rimelig». Men her kjem det altså ei rimelegheitsvurdering i tillegg. Det synest derfor her å vere ein avstand mellom det absolutte kravet etter EMD sin praksis knytt til EMK art. 5 (3) og straffeprosesslova sin regel. Dersom det skulle vere tilfelle, må EMK gå føre, jf. menneskerettslova § 3. Eg vil ikkje gå nærare inn på dette.

¹⁹⁷ Jf. Letellier v. France pkt. 35, som viser til Matznetter pkt. 12 og B v. Austria pkt. 42.

¹⁹⁸ Jf. Smirnova v. Russia pkt. 64 og Aall (2011) s. 344.

¹⁹⁹ Jf. Matznetter v. Austria pkt. 12, som viser til Wemhoff v. Germany pkt. 16 og 17. Jf. også B v. Austria pkt. 42.

²⁰⁰ Jf. Wemhoff v. Germany pkt. 17 og Matznetter v. Austria pkt. 12.

²⁰¹ Jf. Dzelili v. Germany pkt. 77, W v. Switzerland pkt. 42 og Herczegfalvy v. Austria pkt. 72

²⁰² Jf. Aall (2011) s. 344-345 og Bertelsen (2011) s. 127, som viser til bl.a. Stögmüller v. Austria pkt. 5 og Cevizovic v. Germany pkt. 44.

6 Avsluttande merknader

Etter denne gjennomgangen av straffeprosesslova og EMK art. 5 sine reglar om rettshandhevingsarrest, har eg funne både likskapar og ulikskapar i korleis dei to regelsetta angrip problemstillinga om denne typen fengsling kan rettferdiggjera i det enkelte tilfelle.

Ved første fengslingsorskurd og i initialfasen av fengslingsperioden vil straffeprosesslova sine reglar vere strengare enn EMK sine. Her må straffeprosesslova sine grunnvilkår ligge føre: Det må gjere seg gjeldande ein kvalifisert mistanke om eit alvorleg brotsverk, det må ligge føre ein situasjon som kan rettferdiggjere bruken av rettshandhevingsarrest og føremålet med fengslinga må ikkje kunne realiserast ved mindre inngripande tiltak. I tillegg må fengslinga vere samhøveleg: samfunnet sitt inngrepsbehov må til ei kvar tid vurderast opp mot inngrepsintensiteten overfor den sikta. Etter EMK art. 5 (1) c er det i denne innleiande fasen tilstrekkeleg at det ligg føre rimeleg mistanke om eit straffbart forhold.

Etter ei viss tid vil krava etter EMK skjerpast. Det skal etter kvart gjerast ei samhøvevurdering der det må gå fram at fengslingsgrunnane er relevante og tilstrekkelege til å rettferdiggjere inngrep i den sikta si fridomsinteresse, i tillegg til at sakshandsaminga til ei kvar tid må vere aktsam. På dette tidspunktet vil reglane etter straffeprosesslova og EMK vere om lag like strenge.

På eitt vesentleg punkt ser det ut som om EMK stiller strengare krav enn straffeprosesslova. EMD krev at det må påvisast konkrete moment som talar for at lauslating av den sikta faktisk *vil* medføre ein reaksjon i allmennheita, medan Høgsterett sitt ankeutval godtek at dei konkrete momenta talar for at dette er *eigna* til å skape slike reaksjonar. EMD har derimot ikkje teke stilling til den norske praktiseringa av rettshandhevingsarrest, og svaret på om det ligg føre motstrid mellom denne og dei krava EMD stiller til slik fengsling, let vente på seg.

7 Kjelderegister

Lover og konvensjonar

1814	Kongeriget Norges Grundlov av 17. mai 1814
1887	Lov om Rettergangsmaaden i Straffesager av 1. juli 1887 nr. 5.
1902	Almindelig borgerlig Straffelov av 22. mai 1902 nr. 10.
1915	Lov om domstolene av 13. august 1915 nr. 5
1981	Lov om rettergangsmåten i straffesaker av 22. mai 1981 nr. 25.
1999	Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett av 21. mai 1999 nr. 30.
EMK	Den europeiske menneskerettskonvensjonen, Roma 4. november 1950.
SP	Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettår, 16. desember 1966.
BK	Den internasjonale konvensjonen om barnet sine rettår, 20. november 1989

Internasjonale resolusjonar

Resolusjon (65) 11	<i>Resolution (65) 11: Remand in custody</i> , Europarådet sin ministerkomité, 9. april 1965
Resolusjon No. R (80) 11	<i>Recommendation No. R (80) 11 of the committee of ministers to member states concerning custody pending trial</i> , Europarådet sin ministerkomité, 27. juni 1980

Forarbeid

Innstilling 1961	<i>Innstilling fra Straffeprosesslovkomitéen om Endring i reglene om pågrepelse og fengsling m. v. Oslo, 1961.</i>
Innstilling 1969	<i>Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker fra Straffeprosesslovkomitéen. Oslo, 1969.</i>
NOU 1980:28	<i>Varetektsfengsling.</i>
Ot.prp.nr. 81 (1999-2000)	<i>Straffeloven og straffeprosessloven (bruken av varetektsfengsling mv.).</i>
Ot.prp.nr.62 (2002-2003)	<i>Straffeloven og straffeprosessloven mv. (lovtiltak mot organisert kriminalitet og menneskehandel, gjengangerstraff mv.).</i>
Innst.O.nr.51 (1998-1999)	<i>Innstilling frå justiskomiteen om lov om styrking av menneskerettane si stilling i norsk rett (menneskerettsloven).</i>

Rettspraksis

Norsk rettspraksis

Rt. 1974 s. 1262	Rt. 1987 s. 1285	Rt. 1988 s. 358	Rt. 1989 s. 70
Rt. 1989 s. 186	Rt. 1992 s. 423	Rt. 1993 s. 1302	Rt. 1994 s. 610
Rt. 1994 s. 648	Rt. 1994 s. 1671	Rt. 1995 s. 406	Rt. 1995 s. 1073
Rt. 1995 s. 1232	Rt. 1995 s. 1235	Rt. 1995 s. 1385	Rt. 1996 s. 261
Rt. 1996 s. 439	Rt. 1996 s. 999	Rt. 1996 s. 1022	Rt. 1996 s. 1072
Rt. 1996 s. 1352	Rt. 1997 s. 923	Rt. 1998 s. 155	Rt. 1998 s. 470
Rt. 1998 s. 674	Rt. 1998 s. 1212	Rt. 1998 s. 1222	Rt. 1998 s. 1229
Rt. 1998 s. 1238	Rt. 1998 s. 1244	Rt. 1998 s. 2072	Rt. 1999 s. 116
Rt. 1999 s. 297	Rt. 1999 s. 862	Rt. 1999 s. 961	Rt. 1999 s. 1167
Rt. 1999 s. 1204	Rt. 1999 s. 2001	Rt. 1999 s. 2102	Rt. 2000 s. 371
Rt. 2000 s. 849	Rt. 2000 s. 996	Rt. 2000 s. 1136	Rt. 2000 s. 1319
Rt. 2000 s. 1662	Rt. 2000 s. 1664	Rt. 2000 s. 1713	Rt. 2000 s. 1730

Rt. 2000 s. 1905	Rt. 2001 s. 290	Rt. 2001 s. 940	Rt. 2001 s. 1084
Rt. 2001 s. 1319	Rt. 2002 s. 85	Rt. 2002 s. 252	Rt. 2002 s. 315
Rt. 2002 s. 557	Rt. 2002 s. 833	Rt. 2002 s. 842	Rt. 2003 s. 974
Rt. 2003 s. 1486	Rt. 2004 s. 20	Rt. 2004 s. 106	Rt. 2004 s. 354
Rt. 2004 s. 881	Rt. 2004 s. 1216	Rt. 2005 s. 833	Rt. 2005 s. 1003
Rt. 2005 s. 1167	Rt. 2005 s. 1656	Rt. 2006 s. 149	Rt. 2006 s. 1621
Rt. 2007 s. 84	Rt. 2007 s. 742	Rt. 2009 s. 472	Rt. 2009 s. 660
Rt. 2010 s. 889	Rt. 2011 s. 1724	Rt. 2012 s. 1854	

EMD-praksis

Neumeister v. Austria	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 27. juni 1968.
Wemhoff v. Germany	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 27. juni 1968.
Matznetter v. Austria	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 10. november 1969.
Stögmüller v. Austria	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 10. november 1969.
Ringeisen v. Austria	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 16. juli 1971.
de Jong, Baljet and van der Brink v. The Netherlands	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 22. mai 1984.
Ciulla v. Italy	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 22. februar 1989.
B v. Austria	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 28. mars 1990.
Fox, Campbell and Hartley v. The United Kingdom	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 30. august 1990.
Letellier v. France	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 26. juni 1991.

Kemmache v. France	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 27. november 1991.
Toth v. Austria	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 12. desember 1991.
Clooth v. Belgium	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 12. desember 1991.
Herczegfalvy v. Austria	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 24. september 1992.
W v. Switzerland	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 26. januar 1993.
Labita v. Italy	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 6. april 2000.
Smirnova v. Russia	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 24. juli 2003.
Cevizovic v. Germany	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 29. juli 2004.
Dzelili v. Germany	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 10. november 2005.
McKay v. The United Kingdom	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 3. oktober 2006.
Hendriks v. The Netherlands	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 2007.
Erdagöz v. Turkey	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 21. oktober 2008.
Bykov v. Russia	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 10. mars 2009.
Khodorkovskiy v. Russia	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 31. mai 2011.
Riccardi v. Romania	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 3. april 2012.

J.M. v. Denmark

The European Court of Human Rights,
Strasbourg, 12. november 2012.

Litteratur

Aall, Jørgen. *Rettsstat og menneskerettigheter*. 3. utgåve. Bergen, 2011.

Aall, Jørgen. *Prosessuelle garantier og forholdsmessighet i straffeprosessen*. I: Jussens Venner. (2013), s. 227-258.

Andenæs, Johs. *Norsk Straffeprosess*. 4. utgåve ved Tor-Geir Myhrer. Oslo, 2009.

Andersen, Kjell V.. *Om varetektsfengsling og uforholdsmessige inngrep*. I: Lov og rett. (1984), s. 79-98.

Bertelsen, Thor Ehlers. *EMK*. 1. utgave. Oslo, 2011.

Bjerke, Hans Kristian. *Straffeprosessuelle tvangs- og rettsmidler*. 2. utgåve. Oslo, 1986.

Bjerke, Hans Kristian, Erik Keiserud og Knut Erik Sæther. *Straffeprosessloven*. 4. utgåve. Oslo, 2011.

Bratholm, Anders. *Pågrepelse og varetektsfengsel*. Oslo, 1957.

Bratholm, Anders. *Tvangsmidler i straffeprosessen*. I: Jussens Venner. (1969), s. 321-351.

Eckhoff, Torstein. *Rettskildelære*. 5. utgåve ved Jan E. Helgesen. Oslo, 2001.

Høstmælingen, Njål. *Internasjonale menneskerettigheter*. Oslo, 2003.

Jebens, Sverre Erik. *Menneskeretter i straffeprosessen*. Oslo, 2004.

Ruud, Morten og Geir Ulfstein. *Innføring i folkerett*. 3. utgåve. Oslo, 2006.

Strandbakken, Asbjørn. *Uskyldspresumsjonen*. Bergen, 2003.

White, Robin og Clare Ovey. *Jacobs, White and Ovey: The European Convention on Human Rights*. 5. utgåve. Oxford University Press, 2010.

Øyen, Ørnulf. *Varetektsfengsling ved fare for bevisforspillelse*. I: Jussens Venner. (2010), s. 219-254.